# HIERONYMI TREUTLERI IURISCONSULTI SELECTARUM DISPUTATIONUM, ...

Digitized by Google

BIBLIOTECA NAZIONALE VITT. EMANUELE
13
5 D
15

Ex Bibliotheca
majori Coll. Rom.
Societ. Jesu

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

# HIERONYMI TREUTLERI JURISCONSULTI SELECTARUM DISPUTATIONUM

*Ad*

# IUS CIVILE IUSTINIANÆUM,

*QUINQUAGINTA LIBRIS PANdectarum comprehenſum, Reſolutionum abſolutiſſimarum,*

## Volumen poſterius.

*Auctore*

HELFRICO-ULRICO HUNNIO, J. U. D. Illuſtriſſimi & Celſiſſimi Principis ac Dn. Dn. Ludouici, Haſſiæ Landgravij &c. Conſiliario, necnon Inclytæ Academiæ Gieſſenæ Pandectarum Profeſſore publico & ordinario.

*CUM PRIVILEGIO CÆSAREO AD SEXENNIUM.*

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

FRANCOFURTI,
Impendiô IOANNIS IACOBI PORSII.

ANNO M. DC. XX.

Digitized by Google

13 . 5 . D . 15



HELFRICVS VLRICVS HVNNIVS I.C.
AETATIS SVAE XXXV.

Digitized by Google

# VIRO AMPLISSIMO, NOBILI ET CONSVLTISSIMO, DOMINO DOMINICO PORSIO, JC. EXIMIO OMNISque politioris literaturæ peritiſſimo, Dn. & amico ſuo omni officiorum genere perpetim colendo,

S. perennem prec.

*EST hoc commune omnibus iis, qui labore atque induſtria ſua in aliquo laudis genere florere incipiunt, vt ſtatim ab inuidis fama eorum, quaſi turbine aliquo quatiatur. Quis enim vnquam tam eruditus, tam excellens, tam ab omni laude felix extitit, qui obtrectatore caruerit? Quis vnquam tanta ſapientia virtuteque præſtitit, qui maledicorum ſermones effugere potuerit? Eſt quippe virtuti comes invidia perpetuus, eamque non aliter ſequitur, atque vmbra corpus: Itaque nullo modo fieri poteſt, vt qui virtutem amplectitur, non etiam invidiam & obtrectationem incidat. Qua in re qui adeo timidi & puſilli animi ſunt, vt perterreantur atque ab incepto deſiſtant, ij nihil vnquam*



1

Digitized by Google

*quam egregium, nihil laudabile præſtare poterunt. Qui vero tam generoſa tamque excelſa mente præditus eſt, vt quanquam vndique maledictorum aculeis inceſſatur, nihilominus tamen quod recte inſtituit iter, perſequitur & ad honoris atque dignitatis arcem enititur, is magnus & omni laude dignus Vir exiſtimandus eſt. Neque enim minoris fortitudinis atque conſtantiæ eſt, adverſariorum non frangi calumniis, neque debilitari, quam aut aßiduos perpeti labores, aut in arduis rebus nunquam defatigari: Et ſane, Philoſopho teſte, magni eſt & excelſi animi, nihil omnino calumniis moveri, atque iniurias non tantum æquo animo tolerare, ſed etiam prorſus negligere. Hoc & dictis & factis teſtati ſunt omnis prope ætatis viri ſapientißimi: De Pericle Athenienſium Principe longe prudentißimo, ſapientißimo, memoriæ proditum eſt, quod aliquando ab improbo quodam conuiciatore, multis vituperationibus, conuiciis & maledictis laceßitus, maledictori nihil quippiam reſpondere voluerit, ſed omnia maledicta ſummo cum ſilentio pertulerit, magnaq; animi conſtantia contempſerit, atq; inſuper cum veſperi domum rediiſſet, ipſumq; maledicus ad januam vſque inſectatus eſſet, iamq; noctis tenebræ ſuperueniſſent, quendam ex ſeruis ſuis ad ſe vocarit acceſtoque lumine iuſſerit hominem illum comitari domumque deducere. Conſimile quippiam de Socrate refert Plutarchus: Cum enim in Socratem quidam ipſius inimicus multa coniecißet conuitia, nec hoc contentus calce etiam eum percußiſſet, Socrates ab amicis adhortatus, vt improbum iſtum maledictorem, & impudentem iſtum percuſſorem iure legibusque perſequeretur*

*& in*

*& in ius vocaret,* Ridiculum! *reſpondit Socrates* An ſi mihi Aſinus calcem impegiſſet, in ius vocarem? *Atque huiuſmodi exemplis plena ſunt hiſtoricorum & Philoſophorum monumenta; Quæ & ipſa dum Reſolutionum Treutlerianarum continuationem ſuſcepi ad imitationem mihi trahenda duxi.*

*Cum enim ante biennium publici boni cauſa Reſolutionum Treutlerianarum volumen prius publici iuris feciſſem, ecce protenus extitit quidam, à me nec verbo vllo, nec facto vnquam læſus, ſed mera invidia & ſtulta æmulatione ductus, qui ſolum vt ſcripta mea, quæ à viris bonis atque eruditis laudari atque in precio haberi, ſuisque Notatis & animaduerſionibus ineptiſſimis vaniſſimisque præferri perceperat, è manibus ſtudioſæ iuuentutis excuteret nomenque meum denigraret atque exiſtimationem minueret, ſummo cum animi liuore, inſtar viperæ acerbitatis ſuæ virus in me measque lucubrationes euomere non erubuit, cuius obtrectationibus & conviciis ſi me quicquam moueri aut terreri paſſus fuiſſem, ab opere bene cœpto confeſtim deſtitiſſem, nec hoc, quod nunc in publicum datur, Volumen poſterius, lucem vnquam aſpexiſſet: Verum cum Pericle huiusmodi calumnias contemnendas, & cum Socrate Aſinum calcitrantem in ius propterea non vocandum duxi; Et ſciat atque certo ſibi perſuadeat Scarabæus iſte me vſque adeo maledictis ipſius ab opere meo feliciter inchoato deterritum non fuiſſe, vt etiam ad iſtud continuandum abſoluendumque multo alacrior exinde euaſerim, quò vel hac ratione conuicia eius honeſte vindicarem: Hoc quippe maximum eſt inuidis tormentum, hic ingens eſt cru-*





Digitized by Google

*ciatus, hoc ſummum ſupplicium, cum indies vident res noſtras melius ſuccedere, noſque diligentia & aſsiduitate noſtra quotidie fieri clariores: Hoc illos perpetuo vexat, hoc cruciat, hoc pungit, hoc efficit, vt invidia etiam diſrumpantur. Scribat igitur poſthac inuidus iſte homo quicquid voluerit, obſtrepat, latret debachetur ad ſatietatem vſque, nunquam à me impetrabit, vt vel minimo verbulo maledictis ipſius ac puerilibus obiectis reſpondeam, ſed rem omnem cuiuis ſano & incorrupto iudicio diiudicandam relinquam.*

*Cæterum quod Tibi Vir Ampliſsime, amice quouis honoris cultu proſequende hanc poſterioris Voluminis partem priorem reſolutionum Treutlerianarum dedico Tuoque Nomini ampliſsimo inſcribo, cauſas habeo multas, eaſque ſat graues atque prægnantes: Nam, vt alias nunc præteream ſilentioque involvam, notum eſt Amplit. T. quænam ac quanta cum ipſius Domino parente, viro, dum in vivis eſſet, honoratiſsimo ſempiternaq; laude digniſsimo mihi interceſſerit familiaritas atq; amicitia, quanam item affectione promptiſsima me ſemper amplexus atque proſecutus fuerit; In recenti etiam memoria proculdubio eſt Amplitud. T. ſingularis iſta amicitia, & intima neceſsitudo quam in hac Gieſſena Academia cum vna eſſemus & ſtudiorum cauſa verſaremur contraximus atq; à non paucis annis in hunc vſque diem feliciter coluimus, quam & perpetuam & immortalem eſſe, inque poſteros noſtros pari fide & conſtantia deriuari ac continuari vt æquum eſt, ita modis omnibus cupio atque ex animo precor. Vt nihil nunc de eo dicam quod Amplit. T. Frater*

*vir*

*vir Præſtantiſſimus, Nobilis & literatus, Dn: JOHANNES JACOBVS Porſius Compater & amicus meus omni honore proſequendus præſens hoc opus Treutlerianum magnis ſumptibus excudi atque in publicum edi curat, meque inſuper meamque familiam ſingulari amore proſequitur. Quæ omnia atque ſingula Nobili & honoratiſſimæ veſtræ familiæ ita me devinxerunt vt omnibus modis me obſtrictum agnoſcam & fatear meam viciſſim gratitudinem & obſeruantiam publico aliquo monumento teſtatam reddere, & declarare, quam cupiam ea quæ à vobis veſtraque familia, inprimis vero abs Te Vir ampliſſime, mihi exhibita ſunt beneficia & multa & magna aliquo modo recompenſare: Quocirco ſuſcipe fronte ſerena, Vir Eximie, hoc quod offero, noſtræ amicitiæ nunquam intermorituræ, meæque in Te & veſtram Familiam promptæ affectionis ſimul & obſeruantiæ perpetuæ monumentum, meque, vt hactenus feciſti, ita quoque in poſterum tuo complectere favore & amore; Viciſſim operam pro virili dabo vt & hoc & alia, quæ abs Te Tuisque in me collata ſunt beneficia, oblata occaſione, quantum rerum mearum tenuitas feret, recompenſem; Vale Vir Ampliſſime meque tibi ſemper de optima nota commendatum habe. Dab. Gieſſæ 10 Aug. Anno 1619.*

T. Amplitud. & Clarit.

*Obſervantiſſ.*

Helfricus Vlricvs Hunnius D.



Digitized by Google

Digitized by Google

# VOLVMINIS POSTERIORIS DISPVTATIONIS PRIMÆ,

## De

## PIGNORIBVS ET HYPOTHECIS,

### QVÆSTIO I.


I. *An pignus rectè dicatur contractus?* fol.3
II. *An pignus ſit contractus realis?* 5
III. *An realiter pignus & hypotheca differant?* 6
IV. *An ſtatutum de pignore loquens extendi debeat ad hypothecam?* 7
V. *An actio hypothecaria de proprio pignore competens, præſcribi poſſit?* 9
VI. *An res creditori oppignorata & alij rurſus vendita poſſit præſcribi?* 9
VII. *An procedat præſcriptio, ſi res creditori oppignorata, & alii à debitore vendita non redierit in poteſtatem creditoris?* 10
VIII. *Quænam ſit tacita hypotheca?* 10
IX. *Anne emptione ex l.2.C.de reſc. vendit. reſoluta, pignus etiam in re empta conſtitutum, reſoluatur?* 11
X. *An pignus vniuerſale etiam ad futura & acquirenda bona porrigatur?* 12
XI. *An appellatione bonorum contineantur actiones & Nomina?* 15
XII. *An Seruitutes bonorum appellatione contineantur?* 16
XIII. *An res incorporales appellatione immobilium contineantur?* 19
XIV. *An oppignoratione vniuerſorum bonorum contineantur merces venales?* 19
XV. *An vniuerſis bonis oppignoratis, conſeatur etiam fundus emphyteuticus eſſe oppignoratus?* 20
XVI. *An res ſub pœna alienari prohibita contineantur generali vniuerſorum bonorum hypotheca?* 22
XVII. *An idem ſit pignus iudiciale & prætorium?* 24
XVIII. *An qui credidit ad refectionẽ ædiũ habeat tacitam hypothecã in iſtis ædib.* 29
XIX. *An credens ad refectionem nauis tacitã hypothecam habeat?* 30
XX. *An ciuitas in bonis ſuorum adminiſtratorum habeat tacitam hypothecam?* 32
XXI. *An tacitam hypothecã fiſcus habeat in bonis debitorum & cauſa tributi?* 32
XXII. *An in bonis debitorum, qui cum fiſco cõtraxerunt, ipſi tacita cõpetat hypotheca?* 38
XXIII. *Vtrum ius fiſci habeant principes & ciuitates ſuperiorẽ recognoſcẽtes Imper* 33
XXIV. *An ciuitates & principes ſuperiorẽ recognoſcentes habeant iura regalia?* 34
XXV. *An mulier in bonis curatoris, quem in contrahendis negociis habere debet, de iure Saxonico, tacitam habeat hypothecam?* 36
XXVI. *An res aliena poſſit oppignorari?* 37
XXVII. *An conualeſcat pignus rei alienæ, ſi dominus eius rei extiterit oppignorãti heres?* 9




Digitized by Google

XXVIII. *An prædium Emphyteuticum poſſit oppignorari?* 44

XXIX. *An tutores & curatores pupillorum & adultorum res poſſint oppignorare?* 45

XXX. *An fructuarius proprietatem ſiue rem fructuariam poſſit pignori dare?* 46

XXXI. *An repreſſalia licita ſint, & in Republ. bene conſtituta, ferenda?* ibid.

XXXII. *An præmia futuræ victoriæ poſſint oppignorari?* 51

XXXIII. *An feudum hypothecari poſſit?* 53

XXXIV. *An pignus iudiciale conſtitui poſſit in re feudali?* 54

XXXV. *An oppignorari poſſint inſtrumenta agriculturæ ruſticæ?* 55

XXXVI. *An iure Saxonico oppignorationes rerum immobilium conſenſu magiſtratus ad certum tempus facta vltra iſtud tempus valeant?* ibid.

XXXVII. *An Antichreſis quædam ſit tacita?* 56

XXXVIII. *An pactum Antichriſeos excedere poſſit legitimum vſurarum modum?* 59

XXXIX. *An in pignore valeat lex Commiſſoria?* 64

XXXX. *An lex commiſſoria ante Cõſtantinum valuerit?* 66

XXXXI. *An valeat pactio, vt ſolutione ad diem non facta res creditori empta ſit iuſto precio?* 67

XXXXII. *An pactum commiſſorium valeat per indirectum?* 68

XXXXIII. *An valeat ex interuallo?* ibi.

XXXXIV. *An iuratum valeat?* 69

XXXXV. *An valeat cum fideiuſſore initum?* 70

XXXXVI. *An Seruiana actio de rebus inquilini competat?* 72

XXXXVII. *Quanto temporis ſpacio Seruiana actio præſcribatur?* 73

XXXXVIII. *An pignus diſtrahi poſſit, ſi conuenerit ne diſtraheretur?* 75

XXXXIX. *An ſtatim diſtrahi poſſit pignus cum moram facit debitor & interpellatio facta eſt?* 76

L. *Quantum temporis inter ſingulas denunciationes intercedere debeat?* 78

LI. *An creditor diſtrahens rem pignoratam, poſſit emptori fidem de precio habere?* 79

LII. *An creditor dominium transferat in emptorem pignoris?* 80

LIII. *An pignus, ſorte ſoluta, in vſuras retineri poſſit?* 82

LIV. *An creditor pignoris poſſeſſionem ab iniuſto poſſeſſore accipiens, cogatur ei actiones ſuas cedere?* 84

LV. *An cogatur creditor pignus æque idoneum, à debitore ſibi oblatum, acceptare?* 85

LVI. *An creditor cenſeatur principale debitum donaſſe cautionem debitori reddendo?* 87

LVII. *An ſola debiti oblatio liberet pignus?* 90

LVIII. *An ſola voluntate creditoris liberetur pignus?* 91

LIX. *An pignus, quod re contrahitur, nuda voluntate diſſoluatur?* ibid.

LX. *An pignus legale per ſubſequens conuentionale tollatur?* 92

LXI. *An creditor alienationi præſens & tacens, cenſeatur pignus remittere?* 93

LXII. *An creditor in alienationem pignoris expreſſe conſentiens, ius pignoris remiſiſſe intelligatur?* 94

LXIII. *Si creditor conſenſerit debitori rem oppignoratam alii rurſus oppignoranti, quidnam operetur iſte conſenſus?* 95

LXIV. *An creditor de leui duntaxat culpa teneatur?* 97

LXV. *An mutatione debitoris pignus liberetur?* 98

LXVI. *Quanto temporis ſpacio pignoratitia actio extinguatur?* 100

LXVII. *An iuri offerendi & pignus luendi præſcribi poſſit longiſſimo tempore?* 101




Digitized by Google

# VOLVMINIS POSTERIORIS DISPVTATIONIS PRIMÆ,

## De

## Pignoribvs et Hypothecis,

### *THESIS I.*

Reſolutio.

Lit. A. PIgnoris nomen in iure noſtro ambiguam habet ſignificationem: Interdum enim ſumitur pro re ipſa pignori data, per metonymiam ſubiecti pro adiuncto, vt in *l6.§ fin. ff.de pign. act.l.8.§.4.& 5.ff. eod.§.7.I. de act. l.17.§.2. ff.de pact.tot. tit. ff.de diſtract. pign §.9 I.quib. alienar.licet.* Aliquando pro ipſo contractu, per quem ius pignoris conſtituitur & res pignori obligatur, vt in *l.1. in fine.ff. de pact tot.tit.ff. quib. mod pign. ſolut.* Proprie vero pignus ſignificat ius pignoris, quod per contractũ in re mobili, vel immobili creditori conſtituitur ſecuritatis gratia *l.1.pr ff.de pign.act.tot.titul.ff.qua res pignori obligari & tot. tit.ff. qui pot.in pign. l.4 in verb.contrahitur hypotheca per pactum ff.de pign.cu n ſimilib.*

Lit. B. Cæterum hoc in loco pignus ſumitur in poſtrema ſignificatione pro contractu nominato, quo creditori ius in re alicui conſtituitur, propter crediti reſtituendi fidem.

*Quæſt.1. An pignus recte dicatur contractus?*

Dicitur *contractus*, quoniam Iuſtinianus Imperator pignus expreſſe contractibus, & quidem veris, ac proprie ita dictis, annumerat in *t.I.quib.mod.re contrah. obl.* Quo etiam ſpectant textus in *l.4.& l. 11.ff.de pign.act.l.1.in fine ff.de pact.*

Nec obſtat quod pignus nunquam per ſe ſubſiſtit, ſed contractibus accedit eorum confirmandorum gratia, vt videlicet ſecurior reddatur creditor de credito ſuo recipiendo, debitorque firmius ad debiti exſolutionem obſtringatur. Diverſa autem ſunt contractus & acceſſorium contractus.

Reſp. Male quippe hoc modo infertur; *pignus eſt acceſſorium contractus. Ergo non eſt contractus*: Quandoquidem & ſtipulatio contractibus accedit, & tamen eſt contractus *§.fin I.de obligat. iunct. pr. I. de verb.obligat.* nec neceſſarium eſt vt principale & acceſſorium toto differant genere, ſed ſufficit ſi ſpecie & qualitate differant. Inſuper pignus, in ſe conſideratum, eſt contractus, quia conuentione conſtat & ſynallagmate quæ duo, tãquam partes eſſentiales, contractũ cõſtituunt *l.15.ff.de praeſcrip. verb.* Conſideratũ vero reſpectu aliorũ contractuũ, quibus accedit, recte

dicitur contractuum acceſſio & adminiculum; Exemplo ſit ſtipulatio & fideiuſſio, quæ in ſe conſideratæ, proprii & veri ſunt contractus; aliorum vero contractuum reſpectu, dicuntur adminicula & acceſſiones contractuum §.1 *&* §.5. *I. de fideiuſſoribus.*

Rurſus non obſtat quod pignus hinc inde in legibus *cautio* appellatur, in §. *fin. tit. quibus mod. re obligat. contrah. l. 5. ff. de pignor. l. 1. §. iubet. ff. de collat. bon.* Aliud vero ſit *cautio* & aliud *contractus.*

Reſpon. Hoc, inquam, non obſtat. Nam & ſtipulatio dicitur cautio in *l. ſanctimus C. de verb. obligat.* & tamen ſtipulatio contractus appellantur in *l. 1. §. fin ff. de pact. §. fin. I. de obligat.* Inſuper non eſt hoc infrequens, etiam in iure, vt vna eademque res, pro diuerſis, quos habet, reſpectibus, diuerſa ſortiatur nomina: Appellatur autem pignus *cautio* à fine principaliore, qui in eo conſiſtit vt creditori de credito recipiendo ſit cautum §. *final. titul. quib. mod. re contr. obligat.*

Non obſtat denique quod Paulus ſcribit in *leg. 17. §. de pignore. 2. ff. de pact.* quod de pignore iure honorario, hoc eſt prætorio, naſcatur de pacto actio; ex quo concludendum videtur, pignus non eſſe contractum, ſed pactum nudum: Etenim contractus per ſe & ſua natura, etiam ſine vllo prætoris adiumento, efficax eſt ad producendam actionem ciuilem *l. 7. princ. & §. 1. ff. de pact.* Et pacta ſaltem nuda, confirmatione legis, aut prætoris indigent ad pariendam actionem. *l. legitima. 6 ff. eod. t.*

Reſpon. Sciendum etenim eſt, hypothecam, quæ alias à pignore, proprie & in ſpecie ita dicto, plurimum differt, vt mox in ſequentibus prolixe demonſtrabitur, interdum generali pignoris appellatione venire; hanc vero non eſſe contractum, ſed pactum nudum, legitimum tamen, à prætore ad actionem pariendam confirmatum, extra omnem controuerſiam poſitum eſſe exiſtimo, & haud obſcure id ſignificatur in §. *7. I. de act.* Atque de hac, hypotheca inquam, intelligendus eſt Paulus in *d. §. 2. l. 17.* pignus iure prætorio de pacto actionem producere ſcribens.

Additur in ſuperiori definitione quod ſit *contractus nominatus*; Tum quia nomen habet proprium & ſpecificum, nec in generali contractus nomine perſiſtit: *Tum* quia non parit actionē præſcriptis verbis, quæ ex contractibus duntaxat innominatis naſci ſolet, ſed producit actionem, proprium & ſpecificum nomen habentem.

Eſt porro pignus contractus realis, ſiue re initus, prout luculentiſſime teſtatur Iuſtinianus in §. *fin. I. quib. mod. re oblig.* vbi ait; *Creditor quoq; qui pignus accepit, re obligatur.* Re autem idcirco contrahi dicitur pignus, quia ſola conuentione nudoque conſenſu de re aliqua pignori obligando non perficitur, ſed ad ſui perfectionem & abſolutionem requirit amplius rei ipſius traditionem, vnde & nomen pignoris, Iuſtiniano teſte, deſcendit quia res pugno & manu tradatur, §. *7. Inſt. de act.*

Qu. 2. *An pignus ſit contractus realis?*

Aduerſari tamen huic non parum videtur quod in *l. 1. ff de pign. act.* ſcriptum eſt, pignus non ſola traditione, ſed nuda etiam conuentione, & ſi non traditum eſt, contrahi.

Item quod pignus etiam in rebus immobilibus, qua traditionem recipere non videntur, conſtitui poſſe dicitur in *l. ſciendum. §. Creditor. ff. qui ſatiſd. cog. l. cum notiſſimi. §. ſed etiam illud. C. de præſcript.* 30. *vel* 40. *annorum.*

Reſp. Veruntamen obſeruandum eſt quod pignoris nomen aliquando ita late accipitur vt ſuo ambitu etiam hypothecam complectatur; interdum vero ita ſtricte vt ab hypotheca diſtinguatur eidemq; opponatur: priori itaq; modo pignus acceptū recte dicitur in *d. l. 1. de pig. act.* nō ſola traditione, ſed ēt nuda cōuentione

tione

Digitized by Google

tione contrahi, quia, vt paulo poſt ſubiicietur, hypotheca nuda conuentione cōtrahitur, ſic, vt traditione opus non ſit ad eius perfectionem: *§. 7. I. de pign. act.*

Idem planè reſpondendum eſt, quando dicitur pignus in rebus immobilibus contrahi: pignus ſiquidem propriè & ſtricte acceptum in rebus duntaxat mobilibus; hypothecam verò in rebus immobilibus conſtitui, infra oſtendetur, & demonſtrat Iuſtinianus in *dict. §. 7. I. de act.*

Equidem me non latet Gloſſam in *dict. leg. 1. Digeſt. de pign. act.* ad eum textum reſpondere, obligationem pignoris nuda conuentione contrahi poſſe *l. cum conteſt. Cod. quæ res pignori obligari poſſ.* Pignus autem præter conuentionem & conſenſum deſiderare etiam rei traditionem.

Sed hæc diſtinctio ridicula eſt & perquam abſurda: non ſolum quia pignus contrahi, & contrahi obligationem pignoris nihil omnino quicquam differũt: quando enim pignus dicitur contrahi, nihil aliud pignoris nomine ſignificatur, quam obligatio pignoris; verum etiam quia in *d. l. 1.* Vlpiano ICto ſermo eſt non de obligatione pignoris, ſed de pignore, illudq; aſſerit tam nudo conſenſu, quam rei traditione contrahi.

Abbas, referente Nicolao Mozzio in *tract. de pign. c. 1.* diſtinguit inter pignus conuentionale & iudiciale, ſiue prætorium, vt illud quidem nudo ac ſolo conſenſu contrahi poſſit, quia modici ſit præiudicii; hoc vero non item.

Cæterum & hæc diſtinctio parum ad propoſitum eſt accommodata, & ideo recipi non poteſt, quia Imperator noſter Iuſtinianus in *§. fin. I. quib. mod. re contrah. oblig.* de conuentionali pignore loquens, ait, illud pignus re contrahi, & quidem ita re contrahi, vt cæteri contractus, de quibus eodem in titulo agit: iam vero ex omnium confeſſione contractus iſti ſic re contrahuntur; vt aliter perfecti non cenſeantur, quam facta rei traditione: adhæc non ſequitur; *pignus conuentionale eſt modici præiudicij, Ergo nudo conſenſu perficitur.* Quin etiam quod pignus conuentionale non ſit magni præiudicii falſiſſimum eſt. Tanti quippe præiudicii eſt, vt, ſolutione debiti non facta, poſſit res oppignorata, præmiſſis præmittendis, diſtrahi, eaque diſtractione oppignoratę in emptorem transferri *§. 1. Inſt. quib. alien. licet vel non l. non eſt nouum. ff. de acquir. dom. tot. tit. ff. de diſtract. pign. cum ſimilibus.*

Multo minus ad rem quadrat quod alii ad *d. leg. 1.* reſpondent, etſi pignus nuda conuentione contrahi dicatur, adhuc tamen recte dici re contrahi pignus, quia obligatio pignoris cadat ſuper re certa nec poſſit eſſe niſi adſit ſubiectum, cum conſtituat ius in re. *l. pign. C. de pignoribus.*

Reſp. Quis, obſecro, iuris eſt tam rudis & imperitus, qui ignoret quod diuerſæ ſint obligationes, quæ conſenſu & obligationes, quæ re contrahuntur? Diſcernuntur quippe tum alibi, tum vero maxime in *§. final. tit. de obligat. & tit. I. de obligat. quæ conſenſu l. 1. in fine Digeſt. de pact.* Neque vllibi re contrahi dicuntur quæ de re aliqua certa contrahuntur, alioquin nullæ omnino forent obligationes quę non re contrahi dicerentur, ac perperam à contractibus realibus diſcernerentur contractus conſenſuales, cum & hi certum deſiderent ſubiectum & rem aliquam certam, de qua ineantur: proinde illi demum contractus in iure dicuntur re contrahi qui non ſolum de re aliqua certa ineuntur; verum etiam qui præter conſenſum rei illius traditionem ad ſui perfectionem deſiderant *dict. tit. Inſtit. de obligat. quæ conſens. §. 2. Inſtit. de donat. & §. 3. I. de empt. vendit.* Vt taceam quod in *dict. leg. 1. de pign. act.* aperte dicatur pignus contrahi



Digitized by Google

non ſola traditione, ſed etiam nuda conuentione,etſi traditum non ſit.

Miſſis proinde hiſce Interpretum nugis, Authoris noſtræ interpretationem prædictæ L.1.omnino retinendam eſſe arbitror.

Lit.D. Additur in ſupra propoſita definitione loco differentiæ ſpecificæ,quo creditori ius in re alicuius conſtituitur, propter crediti reſtituendi fidem; Quamuis enim reliquis etiam contractibus realibus alicui ius in re conſtituatur; hoc tamen proprium eſt pignoris quod per illud huiuſmodi ius in re conſtituitur creditori, quo is ſecurus reddatur de credito ſuo recipiendo *§.fin.I.quib.mod.re obligat.contrahit.* Quanquam quoad hunc effectum pignus cum fideiuſſoria obligatione conueniat,vt quę & ipſa eo ſpectet, vt creditores certi reddantur de ſuo recipiendo *pr.I.de fideiuſſorib.*

Etſi porro hypotheca, vt dictum eſt, generali pignoris appellatione veniat, per textum in *l.1.ff.de pign.act.l.5.§.pen.ff. de pign.l.17.§. 2.ff.de pact.* proprie tamen & ſtricte acceptum hypothecæ opponitur ab eademque accurate diſcernitur.Ita quippe hac de re ſcribit Imperator Iuſtinianus in *d.§.7.I.de act. Inter pignus & hypothecam, quantum ad actionem, hypothecariam attinet, nihil intereſt. Nam quæ de re inter creditorem & debitorem conuenit vt ſit pro debito obligata, vtraque hac appellatione continetur; ſed in aliis differentia eſt. Nam pignoris appellatione eam proprie rem contineri dicimus,quæ ſimul etiam traditur creditori, maxime ſi mobilis ſit. At eam quæ ſine traditione nuda conuentione tenetur, proprie hypothecæ appellatione, contineri dicimus.* Non igitur nomine ſolum, ſed re etiam ipſa atque ſpecie differunt pignus & hypotheca;Id quod ipſum quoque ICtus Vlpianus in *l 9.§.2.ff.de pign.act.* claris atque perſpicuis verbis teſtatur; *proprie,* inquiens, *pignus dicimus quod ad creditorem tranſit, hypothecam;cum non tranſit,nec poſſeſſio ad creditorem.*

Non aduerſatur huic *l.5.§.1.de pignoribus,* quo in loco Marcianus ICtus ſcribit; *Inter pignus & hypothecam tantum nominis ſonum differre;* Vnde Antonius Neguzantius in *tractat de pignor. part. 1.p.n.4.* ait, quæ differentia eſt inter pignus & hypothecam, ea nominis potius eſt differentia quam rei.

Reſpon.Recte enim reſpondet Franciſc.Balduinus in *tractat.de pignorib., c.1.* Marcianum in *d.l.5.§.1.* reſpexiſſe ad actionem hypothecariam, vt ex rubrica & inſcriptione illius legis appareat. De hac quippe actione hypothecaria Iuſtinianus quoque aperte profitetur, quod, quoad eam, nulla ſit inter pignus & hypothecam differentia: Alias vero plurimum & realiter differre hypothecam & pignus ipſe ibidem Imperator monet *d.§.7.* Differunt quippe modo contrahendi & conſtituendi; cum pignus proprie non contrahatur niſi rei traditione interueniente, hypotheca autem ſine traditione, nuda conuentione *d.§.7.& d. l.ſi rem §.propriæ.ff.de pign act.* Differunt deinceps ſubiecto:Pignus ſiquidem eſt rerum duntaxat mobilium *l.238.§.2.ff. de verb.ſignif.* vbi in hæc verba Gaius ſcribit: *Pignus appellatum à pugno quia res, quæ pignori dantur, manu traduntur; vnde etiam videri poteſt verum eſſe quod quidam putant pignus proprie rei mobilis conſtitui.* Et quod pignus proprie in rebus mobilibus; hypotheca vero in rebus immobilibus conſtituantur, euidenter probat *t.§.7. I.de act.* cuius verba ſupra fuerunt recitata.

Nec refellit quod pignus in rebus immobilibus conſtitui legimus in *l.ſciendum.§.creditor. ff.qui ſatisd. cog. l.cum notiſſimi.§.ſed cum illud.C.de præſcript.longiſ. temp.30.ann.* In hiſce enim & conſimilibus aliis locis pignus generaliori in ſigni-

ſignificatu capitur pro hypotheca ; id quod exinde colligitur, quod in *d.l.238.§.2.Digeſt.de verb.ſignific.* Gaius diſertè ſcribit, *pignus proprie rei mobilis conſtitui.* Et Iuſtinianus in *d.§.7. Pignus*, ait, *contrahi maxime ſi res mobilis ſit.* Accedit quod, teſte Gaio, pignus dictum ſit à pugno, eo quod manu tradatur & capiatur *d.l.238.* Atqui in rem duntaxat mobilem cadit vt manu tradatur & capiatur Donell. *d.§.7. I.de act.*

Nec ad rem facit quod etiam immobilia dicuntur manu tradi & accipi dum de illorum terra vel ſubſtantia pars aliqua pugno capitur. Salicetus in *l.ſi rem alienam.§.proprie Digeſt. de pignor. action.* Neguzan.*part.1.princip.n.1.* Huiuſmodi enim traditio & acceptio impropria eſt & abuſiua, fictione magis quam veritate ſubnixa, vnde etiam pignus, quod in re immobili conſtituitur, improprium recte appellatur *arg.d.l.238.§.2. de verb. ſignific.* & melius hypotheca, quam pignus dicitur.

Illud equidem negari non poteſt, vocabula hæc ſæpe confundi & pignus hypothecam, & viciſſim hypothecam pignus appellari: itemque actionem hypothecariam & pignoratitiam actionem promiſcue vſurpari in *l.3.§.3.l.16.§.2.& 3.ff.ad exhib. l.13.Dig.de condict.indeb.l.11.§.fin.Dig.de except.rei iudic.l.15.Dig. de re iudicat.l.17.§.2.D.de pact. & infinitis al is.* Alioquin, propriè accuratè loquendo, diuerſiſſimæ ſunt actiones pignoratitia & hypothecaria : illa enim eſt actio in perſonam. Matant.in *tract. de Iud. part. 4. diſtinct.3.n.7.* Weſenb.*in parat.de pign. act. n.7.* vt quæ ex pignoris contractu naſcatur: actio autẽ hypothecaria eſt actio in rem *d.§.7.iunct.§.8.ſequent.* Actio pignoratitia datur debitori aduerſus creditorem, vel creditori aduerſus debitorem *l.9.§.pen. & l.36.ff.de pign. act.* Hypothecaria vero actio datur creditori aduerſus quemuis rei pignoratę poſſeſſorẽ, *§.7.I.de act.* actio pignoratitia directa nõ datur, niſi debito principali, pro quo pignus obligatũ eſt, penitus ſoluto : hypothecaria vero actio datur, durante etiam adhuc pignore.

Illud à nonnullis in controuerſiam reuocari video, anne ſtatutum de pignore loquens, etiam in hypothecata locum ſibi vendicet? Qu. 4. *An ſtatutũ de pignore loquẽs, extendi debeat ad hypothecam?*

Equidem Anton. Neguzant. *in tract. de pign.part.pr.1.n.9.& 10.* Matth. Weſenb. *in parat. de pign. nu. 3.* quos noſter Author hoc in loco ſequtur, affirmatiuã amplectũtur, primo quia differentia, q̃ eſt inter pignus & hypothecã, videatur nominis potius, q̃ rei & effectus eſſe differentia *§.7.I. de act.l.ſi rẽ alienã §.proprie.ff.de pign.act.l.res hypoth §.inter pignus ff. de pign.* & propterea non videatur attendenda, cum diſputatio de nomine relinquenda ſit pertinacibus in iure & contentioſis hominibus *l. pen.C.de pec.conſt.*

2. Quia quando duo conueniunt in nomine ſaltem latè & impropriè ſumpto vocabulo, ſi in vtroque eadẽ militat ratio, tum ſtatutum etiam correctorium, loquens in vno, militat etiam in alio *Gloſſ.in Clement.Auditor.in verſic.benefic.de reſcript. Gloſſ. in clem.1. verſic. eligatur.de elect.* Bart. Alexan.& Iaſ.in *l.Marcellus.in pr.ff. ad Trebell.* Cum ergo pignus & hypotheca, ſaltem improprie ſumpto vocabulo idem ſint.*l.res hypothec.§.inter pignus ff.de pign. d. §.item Seruiana I.de act.* ſequi videtur, quod vbi non datur ratio diuerſitatis inter illa, ſtatutum, de pignore loquens, in hypotheca, & è conuerſo locum habere debeat.

Cæterum mihi verior videtur Bartoli ſententia, ſtatuentis quod ſtatutum loquens de pignore intelligi non debeat de hypotheca, niſi de mente & ſententia ſtatutũ condentium diuerſum appareat. Idque ex hac ratione, quia verba ſtatuti maximè ſi iuri cõmuni deroget, ſtrictè & in propria ſignificatione intelligenda

genda ſunt *l. 3. §. hac verba & ibi Bartol. Digeſt. de negot. geſt.* & in *l. omnes. ff. de iuſtit. & iure.* Ludolphus Schraderus *in tractat. Feudal. part. 9. c. 2. n. 23.* Atqui ſtricte & proprie acceptum pignoris nomẽ, hypothecam non complectitur *d. l. rem alienam §. proprie ff. de pign. act.* Igitur ſtatutum de pignore conceptum ad hypothecam non eſt extendendum.

Non aduerſantur contrariæ opinionis fundamenta paulo ſupra relata: nam ad primum reſponſio patet ex prædictis: Quod enim non modo ſono verborum, ſed re ipſa quoque ab inuicem differant pignus & hypotheca, dilucide ſupra oſtenſum fuit, vbi ſimul demonſtratum eſt, quod quoad actionem duntaxat hypothecariam inter pignus & hypothecam ſit nominis differentia, & ideo ſi ſtatutum de actione hypothecaria fuerit conceptum, dicendum eſt quod in pignore pariter atque hypotheca huiuſmodi ſtatutum locum habeat, quia hactenus nulla differentia eſt pignoris & hypothecæ *d. §. Item Seruiana. 7. I. de act.*

*Ad ſecundum* reſpondeo, maximam iſtam Dd. de interpretatione ſtatutorum obiiciendo, quod verba ſtatuti ſtricte & in propria ſignificatione capi debeant: non igitur concedendum quod ea, quæ in larga & in impropria ſignificatione conueniunt, ſtatuto ſimul comprehenſa intelligantur.

Hodie ſane, cum communi vſu loquendi pignus & hypotheca confundãtur, & vulgo promiſcue vſurpẽtur, exiſtimo ſecundum communem iſtum vſum loquendi, verba ſtatuti interpretanda & ad hypothecam extendenda eſſe: legibus ſiquidem expreſſe cautum eſt, quod ſtatuta omneſque diſpoſitiones ſecundum communem vſum loquendi intelligi debeant, etiamſi verba ad ſignificationem impropriam detorquenda forent *l. liberorum 52. §. quod tamen Caſſius & ibi Bart. ff. de legat. 3. l. vt Alphenus 87. l. in vulgari 162. ff. de de verb. ſign. c. quamuis & ibi* Anton. de Butrio *extr. de verb. ſignific.*

Etſi porro Nicolaus Mozzius, Ripã ſecutus, diſtinguat circa propoſitam controuerſiam, vt ſit poſſeſſio rei oppignoratæ ſit tradita, tunc ſtatutum, de pignore conceptum, etiam ad hypothecam porrigatur, ſin vero poſſeſſio non ſit tradita, ſtatutum de pignore loquens, ad hypothecam transferri nequeat.

Veruntamen hæc diſtinctio rationem non habet; & quamuis res hypothecæ ſuppoſita tradita fuerit creditori, hypotheca tamen nihilominus impropriẽ pignus dicetur, per textum in *l. 238. paragraph. 2. Digeſt. de verbor. ſignificat.* vt ſupra prolixius demonſtratum fuit: ſtatutum vero eiuſdemque verba in propriiſſima ſignificatione exaudiri debent.

Non maioris pretii eſt altera Mozzii diſtinctio, quod nempe in fauorabilibus appellatione pignoris veniat hypotheca; in odioſis vero non item; ſiquidem nec iſta vllo nititur fundamento, eidemque ſuperior ratio plane aduerſatur.

De iſta differentia pignoris hypothecæ, quod pignus ſit rei traditæ, hypotheca autem rei non traditæ, ſupra quoque nonnihil dictum fuit, vbi ad textus, in quibus aſſeritur quod pignus non ſolum traditione, ſed nuda etiam conuentione contrahatur; item quod pignus etiam in rebus immobilibus, quæ veram traditionem non recipiunt, conſtitui poſſit, à nobis reſponſum fuit. *Lit. F. & G.*

Hinc etiam nomen pignoris deſcendere, dictumq; eſſe pignus à pugno, teſtis eſt ampliſſimus Gaius ICtus in *l. 238. §. 2. ff. de verb. ſignific.* eo quod res, quæ oppignoratur, quaſi pugno, id eſt manu, ſecuritatis loco capiatur, *Pignus,* inqt *appellatũ eſt à pugno, quia res quæ pignori datur, manu tradun-*

Digitized by Google

*traduntur: Vnde etiam videri poteſt verum eſſe quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis conſtitui.*

Hinc igitur recte concluditur id, quod alibi Iuſtinianus Imperator diſerte profitetur in *§.7.I.de act.* & Gaius confirmat in *d l.238. §.2.ff.de verb. ſignific.* pignus quod in re mobili conſtituitur proprie eſſe pignus: Huic quippe conuenit proprie pignoris notatio, ei vero pignori, quod in re immobili contrahitur, ſuperior notatio plane non conuenit. A quo autem remouetur notatio, ab eodem quoque remouetur notatum.

Quæſt.5 *An actio hypothecaria, de proprio pignore cõpetẽs, præſcribi poſſit?*

Cæterum, præter ſupra adductas pignoris & hypothecæ differentias, & hæc adduci ſolet, quod contra pignus proprie ſic dictum præſcriptio non currat nec poſſit à debitore vel alio hypothecaria præſcribi: Hypotheca vero & actio hypothecaria præſcribi poſſit; Ita poſt Neguzantium ſtatuit Nicolaus Mozzius in *tractat. de pign.c.1. num.19.* ratio huius differentiæ ab vtroque iſta aſſignatur, quod cum creditor verum pignus poſſideat, nulla ipſi poſſit imputari culpa, vel negligentia quod non egerit, cum agere opus non habuerit, imo nec agere potuerit: Hypothecam vero, quia creditor non poſſidet, imputari ipſi poſſit, quod, cum agere potuerit, intra tempus longiſſimum non egerit.

Veruntamen, quo minus hanc differentiam admittam, mouet inprimis quod non ſit vllo in textu iuris fundata, nec etiam ratione iuris aperta nitatur: Et ſi creditor, cui res oppignorata tradita eſt, eam amiſerit deſieritque poſſidere, nec intra tempus longiſſimum eam hypothecaria actione perſecutus fuerit, quid, obſecro, impedit, quo minus hypothecaria actio, de vero ac proprio pignore competens, hoc caſu præſcribatur.

Cui & iſtud accedit, quod hypothecaria actio dicitur generaliter & indiſtincte præſcribi *l. cum notiſſimi 7. pr. & §.1. C. de longiſſ.temp.præſcript.l.vnic. C. de annali except.* nec vſpiam in legibus diſtinguitur, vtrum hypothecaria de vero, an de improprio pignore competat.

Qu. 6. *An res creditori oppignorata & alij rurſus vendita poſſit præſcribi?*

Iacobus Cuiacius in loco, ab Authore noſtro allegato, de ea differit quæſtione, anne pignus creditori traditum, & poſtmodum à debitore eidem ſublatum, præſcribi poſſit? Circa quam quæſtionem diſſenſiſſe videntur veteres ICti Proculiani & Sabiniani, cuius diſſenſionis veſtigia quædam in iure noſtro extare, non immerito videri poſſet: Nam in *l.4.§.ſi rem 21.ff. de vſucap.* Paulus ICtus aſſerere videtur quod res pignori data, & poſtmodum à debitore alij vendita, vſucapi poſſit: Verba eius hæc ſunt: *Si rem pignori datam debitor ſubripuerit & vendiderit, vſucapi eam poſſe, Caſſius ſcribit, quia in poteſtate Domini videtur perueniſſe, qui pignori dederit, quamuis cum eo furti agi poteſt, quod puto rectius dici.*

Adſtipulatur Paulo Modeſtinus in *l.5. ff.pro empt.* in hæc verba ſcribens: *Si rem, quam tibi pignoraui, ſubripuero, eamq; diſtraxero, de vſucapione dubitatum eſt, & verius eſt, vtiliter cedere tempora vſucapionis.*

Verum huic contradicere videtur Labeo in *l.vlt.ff.de vſucap.* dum ita ſcribit: *Si quid eſt ſurreptum, id vſucapi non poteſt antequam in domini poteſtatem peruenerit.*

Et in *l.cum ſit 6.C.de vſucapione pro empt.* hoc modo reſcripſit: *Cum ſit probatum rem pignori fuiſſe obligatam & poſtea à debitore diſtractam, palam eſt non potuiſſe eam quaſi furtiuam vſucapi.*

Iacobus Cuiacius, hoc modo circa propoſitam quæſtionem diſtinguendum putat, vt ſi traditum ſit pignus creditori, & eidem rurſus à debitore ſurreptum, tunc vſucapio procedat, quia vitium furti eo ipſo, quod res poſt furtum admiſſum in domini, hoc eſt debitoris, poteſtatem rediit, purgatum & ſublatum eſt, vitio autem rei furtiuæ purgato, etiam eius rei vſucapio procedit *§.furtiuæ I.de vſucap.* Et

 de

de hoc caſu intelligi debent *d.l.4.§ 21. de vſucap.& d.l.ſi rem.ff.pro empt.* Quod ſi vero debitor rem ſaltem hypothecauerit, nec eam creditori tradiderit, poſteaque alij vendiderit, furtum committit, & res ita vendita furti vitio afficitur, & ob id vſucapi non poteſt, quia hoc caſu, poſteaquam furtum admiſſum eſt, non poteſt dici res in poteſtatem domini, hoc eſt, debitoris rediiſſe furtique vitium expurgatum eſſe, ſicut præcedenti caſu, & ita intelligi debet *d.l.cum ſit 6.C. de vſucapione pro empt.*

Nec priori diſtinctionis huius membro refragatur, quod res non videatur iſto caſu, quo res oppignorata creditori tradita, à debitore ſurrepta & alii vendita eſt, rediiſſe in domini, id eſt, creditoris poteſtatem, quia ei auelli poteſt actione hypothecaria, quæ poſſeſſionem auocat pignoris, vel etiam condictione triticiaria *l.2.ff.de condict. tritic.l. verum.ff.de furt.* Et quia inſuper tunc res videtur in poteſtatem domini rediiſſe, cum poſſeſſionem eius nactus eſt iuſte, iuſta ex cauſa, vt auelli non poſſit: Nam ſi poſſeſſio ei auelli poteſt, non videtur eam adeptus *l.Non videtur ff.de acquir.poſſ.*

℞. Hoc, inquam non obſtat; Reſpondet enim Cuiacius *lib.4.ad Edict.Pauli in explicat.d.l.4.§.21.* In propoſito caſu iis actionibus debitorem non teneri, qui ſubripit rem, quam creditori pignori dederat, quia rem ſurreptam proponitur ſtatim alij vendidiſſe. Eo ſane caſu, quo rem ſurreptam retinet debitor, nec alij vendit, non poteſt vſucapi, quia verum eſt, ex ratione ſupra adducta, quod res in domini poteſtatem non redierit, nec vitium furti expurgatum ſit.

Qu.7. *An procedat præſcriptio ſi res creditori oppignorata & alij à debitore vendita non redierit in poteſtatem creditoris?*

Illud quoque controuerſum inter ICtos veteres Caſſianos & Proculianos fuit, anne eo caſu, quo res pignorata ſurrepta & a debitore alij vendita fuit, vſucapio procedat, etiamſi res in poteſtatem creditoris non redierit? Caſſiani enim vſucapionem admittebãt, licet res non rediiſſet in poteſtatem creditoris: Proculiani non aliter, quam ſi res rediiſſet in poteſtatem creditoris. Caſſianorum ſententiam comprobat Paulus in *d.l.4.§.21.ff.de vſucap.* Proculianis vero adſtipulari videtur in *l.fin.eod.tit.* vbi tunc dicitur in propoſito caſu rem vſucapi poſſe, quando in creditoris, cui erat ſurrepta, poteſtatem redierit.

Veruntamen Cuiacius ad eam *l.fin.* reſpondet Paulum illic non dixiſſe pignus creditori ſurreptum vſucapi aliter non poſſe, quam ſi in poteſtatem creditoris rediiſſet; ſed hoc duntaxat ipſum dixiſſe & voluiſſe, pignus quod in poteſtatem creditoris redit, vſucapi poſſe; Id quod Caſſiani quoque admittebant, atque ita inter prædictas duas Leges, diligentius conſideratas, nulla apparebit antinomia.

### RESOLVTIO THESIS II.

Propoſita & declarata in præcedenti theſi pignoris definitione, ſequitur vt diuiſiones quoque pignoris conſideremus: Et quidem in præſenti theſi ſecunda duæ exhibentur diuiſiones, vna taciti & expreſſi, altera generalis & ſpecialis: prior diuerſio fundata eſt non ſolum in *l.4.de pact.* vbi expreſſe dicitur, quod pignus tacite contrahatur in prædium vrbanum conductum res inducendo, inferendo & inuehendo, ſed etiam ſtabilitur in *toto.tit. Digeſtorum* in quibus cauſis pignus tacite contrahitur.

Qu.8. *Quænam ſit tacita hypotheca?*

Tacitam porro hypothecam Antonius Neguzantius in *tract. de pign. part.2. membr.4.* ita definit quod ſit ea, quæ ex diſpoſitione legis ſeu ſtatuti à partibus non expreſſa introducta eſt.

Sed vix defendi poterit hęc deſcriptio: nimis enim anguſta eſt, nec cum ſuo definito conuerti poteſt: Nec enim tacitum pignus, ſeu tacita hypotheca ſolà lege conſtituitur, ſed etiam conuentione

tacita

Digitized by Google

gnorata & alij à debitore vendita non redierit in poteſtatem creditoris?

tacita hominum: Id quod plus quam manifeſte euincit textus in *l.4.pr.ff.de pact.* Nam cum in lege ſecunda eiuſdem tituli propoſita fuiſſet diuiſio conuentionis in expreſſam & tacitam, ac tacita conuentio illa eſſet appellata quæ tacito conſenſu contrahitur, ſubiicit Paulus in *l.4.* ideo, *quia conuentiones tacito etiam conſenſu perficiantur, placere in vrbanis habitationibus locandis inuecta, illata pignori eſſe locatori, etiamſi nihil nominatim côuenerit.* Et tacitum pignus etiam ab homine tacita conuentione conſtitui probat totus *tit.in Dig. In quibus cauſis pignus tacite* CONTRAHITVR; Hoc quippe verbum *contrahitur* conuentionem hominum arguit.

Proinde, meo iudicio longe rectius pignus tacitum illud definietur, *quod tacita conuentione contrahentium introducitur.* Nã illa hypotheca, quam lex ſola abſque conuentione hominum conſtituit reuera expreſſa eſt, ac non niſi aduſiue & improprie tacita appellatur, hoc nempe reſpectu, quod abſque expreſſa conuentione hominum conſtituatur. Alioquin quod pignus, à lege vel ſtatuto inductum, vim expreſſi pignoris habeat, teſtatur poſt Paulum de Caſtro in *conſil.* 394. Antonius Neguzantius *in dict. membr.4. numer.1.*

Lit. B. Expreſſum pignus conſtitui vel conuentione vel citra conuentionem ſolà lege intelligitur ex modo adductis; Quod conuentione conſtituitur conuentionale appellatur, quod citra conuentionem ſtatuto vel lege inducitur, legale dicitur, vide *l.fina.C.de prætor.pignor.* & nos infra prolixius hac de re agemus.

Qu.8. Quænam ſit tacita hypotheca?

Lit.C. Altera diuiſio in hac theſi propoſita hæc fuit quod pignus conuentionale vel in vniuerſis debitoris bonis conſtituatur, quod vniuerſale, ſeu generale vocatur; vel conſtituatur in certis duntaxat rebus, quod ſpeciale exinde dicitur; fundata eſt hæc diuiſio in *l.6.& ſeqq.ff.de pignorib.& l.17.C.de diſtract.pign.*

Qu.9. Anne emptione ex l.2. C. de reſc. vendit. reſoluta pignus etiã, in re empta cõſtitutum reſoluatur?

Illud quæſtionis eſt non vſq; adeo expeditæ, Si emptor bona, quæ emit, poſt perfectam & completam emptionem oppignoret, venditor autem poſtmodum ad reſcindendam venditionem ex capite enormiſſimæ læſionis agat ſecundum diſpoſitionem *l.2.C.de reſcind.vendit.* anne, reſciſſa emptione, pignus quoq; in re vendita, interea conſtitutum, reſoluatur & extinguatur? Quam quæſtionem Arius Pinellus in comm. ad *d.l.2.part.2.c.3.nu.11.* regia deciſione dignam eſſe pronunciat.

Equitem Bartolus in *l.ſi res.ff.quib'.mod.pignus vel hypoth.ſolu.* negat pignus hoc caſu reſolui. Cui poſt Baldum & Salicetum contradicit Arius Pinellus *d.loco.* Et potiſſimum hac ratione vtitur quod ſtante Bartoli opinione conſequens foret æquiſſimam *d.l.2.* diſpoſitionem eluſam iri, cum frequentiſſimum ſit, homines contrahentes bona ſua obligare, ſi re vendita pignori obligatâ recedi ab emptione & pignus reſolui non poſſet.

2. Inſuper hîc facere videtur quod cum venditio cum pacto addictionis in diem facta eſt, hypotheca interim ab emptore contracta reſoluatur, venditore poſtea rem auocante, eo quod melior conditio allata ſit; *l.4.§.ſed Marcellus.ff.de in diem addictione l.3.ff.quib.mod.pign.vel hypothec.ſoluit.* Conſimiliter itaque etiam reſolui debeat hypotheca, quando reſcinditur propter enormem læſionem emptio-venditio.

Quin etiam pro Pinello non parum facere videtur, quod reſolutio iure dantis, reſolutum quoque cenſeatur ius accipientis, ſecundum tritam & vulgarem iuris regulam; Atqui, reciſſa emptione-venditione, ob enormem læſionem ex *l.2.C.de reſcind.vendit.* reſoluitur ius dantis, emptoris videlicet qui in pignus alij rem emptam dedit: Igitur reſoluetur quoque ipſius debitoris, cui pignoris iure ea res

tradita eſt, ius, quod in re pignorata ipſi conſtitutum eſt.

Cæterum pro Bartolo iſtud militat argumentum quod quotiens emptor voluntarie, & non ex neceſſitate reſtituit rem emptam, totiens ius alteri, in re empta ab emptore conſtitutum, non extinguatur. Atqui vix negari poteſt, quin, in propoſito, reſtitutio rei emptæ ab emptore fiat voluntarie, nulla neceſſitate cogente; ſiquidem liberum emptori relinquitur vtrum rem emptam reſtituere, an ſupplendo iuſtum precium retinere malit *d.l.2. C. de reſcind. vendit.* Cum igitur voluntaria ſit reſtitutio non operabitur pignoris in re empta conſtituti reſolutionem.

Nec multum ad rem facere exiſtimo quód Arius Pinellus ad hoc argumentum reſpondet non poſſe alienationem iſtam qua emptor reſciſſa emptione ex *d. l. 2.* rem emptam in venditorem transfert, appellari voluntariam, cum reſtitutio iſta fiat ex actione, iudicio & ſententia, quæ omnia in inuitum dantur, nec dicatur actus voluntarius, in quo datur neceſſitas, etiamſi ex duobus alternatiue debitis electio reo conuento detur, per textum in *l.illud.ff.de conſtituta pec.l.qua ſub conditione.§.ſi quis. in verb. Ne alia eum vrgeat.ff.de cond.inſtit.*

Hoc, inquam, ad rem parum facit; quod enim nō ſubſit vera hoc caſu neceſſitas reſtituendi rem emptam, ex eo ſatis deprehenditur, quod reſtitutio iſta evitari poteſt precii iuſti ſuppletione: Et quotiens quis ad duo alternatiue obſtrictus & obligatus eſt, toties ad unum ex iſtis præſtandum neceſſitate obſtrictum eſſe, dici non poteſt: Neque quicquam aduerſantur, quæ in contrariū adducta fuerunt. Nam in *l.illud.* talis proponitur caſus, quo quis rem unam ex duabus, prius alternatiue promiſſis, conſtituit: Recte enim hic dicitur illam rem præciſe ex conſtituto deberi ac neceſſario pręſtandam eſſe, quoniam ex conſtituto non duæ res alternatiue, ſed vna debetur.

Minus ad rem conducit *l.31.ff.de pignoribus*, vbi Scæuola ICtus in hæc verba ſcribit: *Lex vectigali fundo dicta erat, vt ſi poſt certum temporis vectigal ſolutum non eſſet, is fundus ad dominum redeat; poſtea is fundus à poſſeſſore pignori datus eſt; quæſitum eſt, an recte pignori datus eſt: Reſpondit ſi pecunia interceſſit, pignus eſſe. Item quæſiit, ſi cum in exſolutione vectigalis tam debitor, quam creditor ceſſaſſent & propterea pronūciatum eſſet fundum ſecundum legem, Domini eſſe: Cuius potior cauſa eſſet, reſpondit ſi (vt proponeretur) vectigali non ſoluto, iure ſuo dominus vſus eſſet; etiam pignoris ius euanuiſſe* Ex hiſce verbis poſterioribus extorquere conantur, emptione ex *l. 2. C.de reſcind. vend.* reſoluta, pignus quoque in re empta interim conſtitutum, intelligi reſolutum eſſe.

Sed bene reſpondet Bartolus; In caſu iſtius *l.31.* alienationem eſſe ſimpliciter & abſolute neceſſariam remque præciſe auocari abſque vllo conſenſu eius, qui rem obligarat; In noſtro autem caſu rem non auocari ſine conſenſu emptoris, eoque inuito, id quod ſupra quoque pluribus demonſtratum eſt.

His ita conſideratis non amplius obſtant quæ ex Pinello pro contraria & Authoris ſententia adducta fuerunt: Præſuppoſita enim ſententia Bartoli non reddetur *d.l.2.* remediū eluſorium, *Tum* quia non ſemper, ſed raro accidit vt res empta enormi læſione facta, ab emptore alii oppignoretur: *Tū* quia, non obſtante pignore reſtitutio rei venditæ nihilominus fieri poteſt, cum res oppignorata, vt infra oſtendetur, cum ſuo onere ad alium transfertur, ne ius creditori legitime quæſitum, contra naturalem æquitatem auferatur, *l. Id quod noſtrum.ff.de Reg.iur.*

*Ad ſecundum* argumentum non eſt difficilis reſponſio. Nam cum venditio facta eſt cum pacto de in diem addictionis, facilius reſoluitur ipſa emptio & pignus

in

Digitized by Google

in re empta conſtitutum quia conditionē adiectam habet eiusmodi emptio, vt reſoluatur, ſi alius meliorem conditionem attulerit: At vero emptio, quæ ex d.l.2. reſcinditur, nullum habet de ea reſoluenda adiectum pactum.

Pari modo non aduerſatur vltimum argumentum: Nam maior eius propoſitio procedit vbi eadem ratio eſt iuris datoris & iuris accipientis; Non vero vbi vtriuſque iuris diuerſa ſubeſt ratio, vt hic. 2. procedit vbi ius accipientis depēdet ex iure dantis. 3. procedit & locum habet in neceſſaria datoris reſolutione, non in voluntaria.

*Lit. D.* *Qu. 10.* *An pignus vniuerſale etiā ad futura & acquirenda bona porrigatur?*

Pignus porro generale ad vniuerſa debitoris bona extenditur, & non ſolum ad bona præſentia & iam ipſi acquiſita, ſed ad futura etiam & acquirenda; Id quod ſane Iuſtinianus Imperator in *l. final. C. quæ res pignori oblig.* diſerte ſancit; in hæc verba Mennæ præfecto prætorio reſcribens: *Si quis in cuiuscunq; contractus inſtrumento ea verba poſuerit, fide & periculo rerum ad me pertinentium, vel per earum exactionem ſatisfieri tibi promitto; ſufficere ea verba ad rerū tam earum, quas in præſenti debitor habet, quam futurarū hypothecā ſancimus: Nec ex priorib. functionibus minus habere ſpecialis hypotheca memoriam videri: cum ſit iuſtum voluntates contrahentium magis, quam verborum conceptionem inſpicere: ſuper qua generali hypotheca illud quoque ad conſeruandam contrahentium voluntatem ſancimus, vt ſi res ſuas ſupponere debitor dixerit, non adiecto tam præſentes, quam futuras, ius tamen generalis hypotheca etiam ad futuras res producatur.* Ex hac Iuſtiniani ſanctione colligit noſter Author, generali omnium bonorum oppignoratione futura quoque bona pignori obligata cenſeri, nec opus eſſe vlla rerum futurarum expreſſione, vt quæ etiam in definita oratione intelligantur.

Etſi vero hæc ſententia de iure veriſſima ſit, non tamen parum ei refragari videtur *l. ſi ita 7. ff. de auro & argento legat.* Nam illic Paulus hoc modo ſcribit: *Si ita eſſet legatum, veſtem meam, argentum meum damnas eſto dare, id legatum videtur, quod teſtamenti tempore fuiſſet, quia præſens tempus ſemper intelligeretur, ſi aliud comprehenſum non eſſet: Nam cum dicit veſtem meam, argentum meum hac demonſtratione MEVM præſens, non futurum tempus oſtendit; idem eſt & ſi quis ita legaverit, Seruos meos.*

Idem plane comprobare etiamvi detur hæc ratio quod *mearum* appellatione rés, quæ nondum meæ ſunt, nec vindicari poſſunt, non contineantur *l. 27. §. argento. & l. ſcribit 34 ff. de auro et argent. leg. l. ſolum 49. ff. de rei vind.* Iam vero res futuræ, quæ nondum ſunt acquiſitæ, vindicari nequeunt, nec reuera ſunt meæ. Igitur numero MEARVM rerum non continentur.

Poſtremo in dubio à propria verborum ſignificatione non eſt recedendum *l. Non aliter. 69. ff. de legat. 3.* Iam vero nemo dixerit appellatione *mearum rerum* proprie ſignificari res futuras, nondum mihi acquiſitas, ſed acquirendas.

Verum enimvero cum quæſtio hæc præſens tam perſpicue & clare à Iuſtiniano in *d. l. final.* ſit deciſa, non magni reputantur momenti fundamēta modo adducta, nec tanti ponderis ſunt ut ſententiam, aperta Imperatoris ſanctione ſtabilitam, euertere queant. Et ſi ſingula accuratius & diligentius conſiderentur, apparebunt vel parum, vel plane nihil ad propoſitum facere.

Quod enim ad *l. 7. ff. de auro & argent. legat.* attinet, reſpondet ad eam Gloſſa: Illic Paulo ICto ſermonem eſſe de magno præjudicio, nempe de legato, vel donatione, per quam dominium transfertur, et ideo illam diſpoſitionem non trahi ad futura: At in propoſito noſtro, vt & in *d. l. final.* diſſeri de pignore, quo non magnum ſed exiguum admodum præiudicium creetur, & ideo diſpoſitionem iſtam ad futura etiam extendi.

Sed hanc conciliationem recte Bartolus ex *l. ſi ſeruitus. 23. pr. ff. de ſeruit. vrban. præd.* refellit: Nam ibi cautio iſthæc, *Ne luminibus officiatur*, omne lumen, ſiue quod in præſenti, ſiue quod poſt tempus conuentionis contigerit ſignificare dicitur. Sic & ſocietas omnium bonorum etiam ad futura & acquirenda bona & ad obuenturas hæreditates porrigitur in *l. 3. §. 1. ff. pro ſocio.* Nec dici poteſt, hiſce caſibus exiguum contineri præiudicium proinde generalis oratio, de vniuerſis concepta, non ſolum quando exiguum ſed etiam quando magnum continet præiudicium ad futuras & acquirendas res extenditur.

Quocirca Franciſcus Hotomannus in explicatione *d. l. fin. C. quæ res pign.* Reſpondet Iuſtinianum in iſta *l. fin.* conſtituiſſe, verba iſta *res meas* ad futuras & acquirendas etiam referri, non quia contrahentium hæc fuiſſe voluntas videtur (quoniam qui res ſuas ſupponit, non intelligatur non ſuas ſupponere) ſed ideo, vt cautius creditoribus conſultum eſſet; quod ipſis beneficium ſine debitorum iniuria tribuatur *arg. l. 3. §. 1. & l. 74. ff. pro ſocio.*

Verum hæc interpretatio & conciliatio (vt, quod ſentio, ingenue dicam) non eſt melior præcedente, ſed multo deterior. Clare ſiquidem à Iuſtiniano in ipſa *l. fin.* reiicitur & improbatur, dum illic expreſſe profitetur, ſe *ad conſeruandã contrahentiũ voluntatem* ſancire, vt ſi res ſuas ſupponere debitor dixerit, non adiecto *tam præſentes, quam futuras*, ius tamen generalis hypothecæ etiam ad futuras res producatur. Quomodo itaque dicetur hoc ex contrahentium voluntate non conſtitutum, ſed in gratiam duntaxat creditorum, vt illis eo magis cautum ſit, ſancitum fuiſſe?

Hugo Donellus in *comment. ad eund. l. final.* Reſpondet ad *d. l. ſi ita. 7.* Si appellatio *MEAS* eiuſque genuina & propria ſignificatio ſpectetur, non minus futuris rebus, quam præſentibus conuenire, quoniam vſu loquendi ex æquo recte dicatur ſeruus, qui meus eſt, & ſeruus, qui meus erit: Quod autem in legatis, donationibus & alienationibus verba iſta, *res meas*, præſentes tantum ſignificant, nec ad futuras extẽduntur, adeoq; à propria ſignificatione iſtorum verborum receditur; ſecus vero in pignoribus, rationem hanc adducit Donellus, quod cum quis res ſuas pignori dat, eadem ſit cauſa, cur res futuras obligatas velit, propter quam obligantur præſentes: Nam præſentes obligat debitor pignori vt creditori cautum ſit: Ad cautionis æquitas exigit vt creditori omnimodo cautum ſit, hoc poſtulat vt ei cautum ſit omnibus rebus debitoris, tam futuris, quam præſentibus: In rebus autem donandis, legandis & alienandis longe diuerſa cauſa eſt, cur quis præſentes datas velit, quam cur velit futuras & nondum quæſitas. Qui legat præſentes & eas, quas nouit, ideo legat, quia iudicat legatarium hactenus de ſe meritum eſſe: Hac enim de cauſa quid legatur *l. Nec adiecit. ff. pro ſocio.* Hoc vero de futuris teſtator ſtatuere non poteſt. Nam qui dignus eſt centum aureis, non continuo dignus eſt mille: At fieri poteſt vt mille, aut bis mille teſtator poſtea acquirat. Quid autem & quantum acquiſiturus ſit teſtator ignorat. Sententiam proinde & voluntatem Domini facere, ait Donellus, ne verbo *MEVM* res futuræ contineantur, non autem verbi ipſius ſignificationem.

Iohannes Sichardus in *ea d. l. fin.* & ſi approbare videtur Gloſſæ conciliationem ſupra relatam, in eam tamen procliuior eſt ſententiam quod iure veteri & ante conſtitutionem Iuſtiniani in *d. l. final.* obligatione generali res futuræ non fuerint comprehenſæ, conſtitutione vero iſta poſtmodum à Iuſtiniano fuerit effectum vt res futuræ & acquirendæ etiam continerentur generali rerum obligatio-

ne;

Digitized by Google

ne; Adeoq; opinatur *d.l.fin.* eſſe iuris veteris correctoriam, eaque nouum ius introductum eſſe.

Sed, quo minus ſententiæ Sichardi ſubſcribam, moueor illis pandectarum legibus quib. clariſſime euincitur, quod res futuræ obligatione generali cõtineantur, è quibus videri poſſunt *d.l.ſi ſeruitus.23.ff. de Seruit. præd.vrban.l.3.§.1.ff.pro ſocio.* Accedit etiam hoc, quod, vt inſcriptio iſtius *l.fin.* innuit, ea lex non ſit è numero nouarum legum & conſtitutionum, quæ ad emendationem legum pandectarum comparatæ & Codici emendato nouiter inſertæ ſunt. Quocirca mihi, ſaluo tamen aliorum iudicio, Donelli explicatio omnium optima eſſe videtur.

*Ad ſecundum argumentum*, pro contraria opinione ſupra allegatum, eadem erit reſponſio: ſiquidem ex illis deſumptum eſt legibus, quæ de legato expreſſe concepta ſunt, nulla vero ex illis de pignoris obligatione loquitur.

*Ad Tertium*, ex horum verborum, *RES MEAS*, proprietate, petitum reſpondet Donellus, illorum propriam & genuinam ſignificationem non hanc eſſe vt res duntaxat præſentes contineat, ſed potius proprietatem illorum res futuras etiam complecti, cum non ſolum meum dicatur, quod iam & præſenti tempore eſt meum, ſed etiam quod meum erit tempore inſequenti, ſiue futuro.

Nec moueor eo quod hic Sichardus obiicit; Pronomina iſta *Meus, Tuus, Suus*, eſſe poſſeſſiua, denotantia poſſeſſionem de tempore præſenti; ac proinde per iſta verba, præſentia ſaltem & non futura bona intelligi obligata.

℞ Pro hoc enim nodo diſſoluendo notandum exiſtimo, quod verborum proprietas maxime ex vſu æſtimetur, vſus autem prædictorum verborum iſte ſit ut non modo res præſentes, ſed futuræ etiam denotentur. Deinde vſus verborum, quem in iure habent, potiſſimum ſpectari debet, quando de legum interpretatione quæritur: Ita quippe ICtus in *l.103.de verb. ſignificat.* Iam vero de vſu iuris ſatis ex antea allegata *l.final.* conſtat.

Obligatione inſuper bonorum continentur actiones, iura & nomina quoniam vniuerſa hæc bonorum appellatione veniunt: Ita quippe Vlpianus in *l.49. de Verb.ſignific.* ſcribit: ***Bonorum appellatio, aut naturalis eſt, aut ciuilis. Naturaliter bona ex eo dicuntur, quod beant, hoc eſt, beatos faciunt. Beare eſt prodeſſe. In bonis autem noſtris computari ſciendum eſt non ſolum quæ domini noſtri ſunt, ſed etſi bona fide à nobis poſſideantur vel ſuperficiaria ſint. Æque bonis annumerabitur, etiamſi quid in actionibus eſt: Nam hæc omnia in bonis eſſe videntur: Actiones proinde generali bonorum obligatione continentur.*** Qu. II. *An appellatione bonorũ contineantur actiones & nomina?*

2. Id quod amplius confirmat *l.15.ff.de Reg.iur.* vbi Paulus: ***Is, qui actionem habet, ad rem recuperandam, ipſam rem habere videtur:*** cum igitur res bonorum appellatione contineantur, conſequens eſt actiones quoque nomine bonorum ſignificari, & generali bonorum hypothecâ comprehendi.

3. Adſtipulatur Paulo Vlpianus in *l.143. de verb.ſignif.* dum ait: ***Id apud ſe quis habere videtur, de quo habet actionem: Habetur enim quod peti poteſt.***

Nec refragatur huic *lex 204.ff.de reg. iur.* vbi Pomponius in hæc verba ſcribit: ***Minus eſt actionem habere quam rem***, vnde inferendum videtur, quod qui actionem habet ad rem recuperandam, non intelligatur rem ipſam habere, & conſequenter actio in bonis eſſe non cenſeatur.

℞ Etenim Pomponii iſtud dicterium verum eſt, reſpectu præſentis commodi & oneris petitioni, ſiue actioni cohærentis: Tum quia fructus interim poſſidenti cedunt: Tum quia onus probandi incumbit petitori & actori: Tum quia fieri poteſt vt inopia aduerſarii inanis cõſtituatur

tur

Digitized by Google

tur actio *l.6.ff. de dolo.* Quod ſi vero ſpem obtinendæ rei ſpectemus, rem habere videtur qui actionem habet; Idque amplius corroborat textus in *l.pretia rerum 63.§.1. ff.ad l. Falcid.* vbi dicitur, quenquam tantum habere in bonis, quantum exigere poteſt. Modeſtinus quoque idem probat in *l.rem in bonis.52.ff.de acquir.rerum domin. Rem*, inquiens, *in bonis noſtris habere intelligimur, quotiens poſſidentes exceptionem, aut amittentes ad recuperandam eam actionem habemus.*

De nominibus proinde quin & ipſa ſint in bonis, bonorum appellatione comprehendantur &, quod huic eſt conſequens, generali obligatione bonorum contineantur, dubitari ex modo adductis fundamentis non licet: In bonis enim eſſe dicuntur quæ in actionibus ſunt *d.l.* 49. Hæc vero ſunt nomina ſiue debita, ad quæ perſequenda & obtinenda comparatæ ſunt actiones §.1.*I.de actio.*

2. Pro eadem ſententia facit etiam *l. Nomen.4.C.quæ res pign.dari poſſunt.* Sic enim ibi Alexander Imperator reſcribit: *Nomen quoq; debitoris pignorari & generaliter & ſpecialiter poſſe iam prudem placuit.*

3. Huc etiam facere videtur *l.30.§ 1.ff. ad SC.Trebell.* vbi dicitur, *Meorum & Tuorum appellatione etiam actiones contineri, & conſequenter etiam Nomina, quæ actionibus perſequimur.*

Neque pro ſententia Iaſonis ad *l.ſi ſtipulatio hoc modo num. 21.ff.de verb.obligat.* negantis nomina eſſe in bonis, quicquam facit *l.7.§.final.ff.de peculi.* quandoquidem ne minimum quidem eo in loco continetur, vnde colligi poſſit quod nomina bonis non ſint annumeranda, ſed potius, cum ICtus in eiuſdem *l.7.§ 4.* diſerte profiteatur, in peculio contineri nomina, inferendum exinde videtur, quod nomina quoq; in bonis ſint.

Minus vero opinioni Iaſonis patrocinatur *l.fin.C. de quadriennij præſcript.* cum nec in ea reperiatur reſcriptum, nomina non eſſe in bonis.

Nec etiam mouent textus illi iuris Canonici, in quibus bona & iura ab inuicem diſcernuntur, vt in *cap.1.verſ.contra natos. verb. bonis & iuribus publicatis de ſchiſma in ſext. & Clement.1. circa finem extr. de iuretur. Clement. Paſtoralis verſ. prahabiti. de ſent. & re iudicat. Clement. 11. quia contingit in pr. & § vt autem de ſtatu Monachor.* Hinc igitur concludendum videtur, quod nec nomina, nec cætera iura ſub bonis comprehendantur.

Ad hoſce enim textus reſpondet Godd. poſtremis illis temporibus, cum Bonifacij octaui liber Decretalium, qui ſextus vocatur, & Clementis Quinti decretales ederentur, elegantiam illam latinæ linguę obſcuratam & prope ſublatam fuiſſe. Deinde, dubitationis tollendæ cauſa, duobus verbis expreſſum videri poſſe, quod alioquin vno dici potuerit: Nec enim rarum eſſe dictiones plures coniungi, non quod verbis deeſſet vis, ſed ad maiorem certioremque declarationem. Denique prædictis in locis pontificibus propoſitum non fuiſſe propriam illorum verborum ſignificationem tradere, ſed ad facti quæſtiones reſpondere, ac proinde craſſius locutos fuiſſe.

Quibus ita remotis, relinquitur actiones, nomina & iura bonorum appellatione venire. Id quod etiam de cæteris iuribus facile largiuntur Interpp. De Seruitutibus vero, vtrum in bonis ſint & bonorum appellatione contineantur? nonnulla occurrit dubitatio. Qu.12. *An ſeruitutes bonorum appellatione contineantur?*

Negare quippe videtur Paulus in *l.1.ff. de vſu & vſufr.legato.* in quo loco ita ſcribit: *Nec vſusfructus itineris, actus, viæ, aquæductus legari poteſt, quia ſeruitus ſeruitutis eſſe non poteſt: Nec erit vtile ex SCto quo cauetur, vt omnium, quæ in bonis ſunt, vſusfructus legari poſſit: quia id neque in bonis neq; extra bona ſit, ſed incerti actio erit cum hærede, vt legatario, quandiu vixerit, eundi, agendi, ducendi facultatem*



Digitized by Google

*cultatem præſtet*. Hiſce verbis id ſignificari videtur, nullam ſeruitutem eſſe in bonis. Et certe dici non poteſt, quantopere hic textus vulgo Interpp. mouerit, vt dubitarint anne ſeruitutes prædiorum bonis accenſeri poſſent. veruntamen quod bonorum cenſu contineantur, non erit difficile demonſtrare.

Primo enim in *l.8.pr.ff.de Reb. auctorit. Iud.poſſid.* Vlpianus ſcribit; in venditione bonorum etiam vſumfructum venire, quia appellatione domini fructuarius quoque continetur.

2. Accedit huic & iſta ratio, quod in bonis noſtris eſſe cenſeatur id omne, ad quod obtinendum, aut recuperandum actiones habemus *l.143 de verb.ſignif l.52. ff.de acquir.dom.l.15.ff.de Reg.iur.* Atqui de ſeruitutibus nobis competunt actiones §. *aque.I.de act.l.1.& 2.vt & tot.tit.ff.ſi ſeruit. vindic.* Igitur ſeruitutes in bonis ſunt.

3. Inſuper quicquid auget patrimonium noſtrum & nos beat, nobiſque prodeſt, id in bonis eſſe dicitur in *l.49.de verb.ſignific.* Atqui ſeruitutes augere patrimonium noſtrum, nos beare & plurimũ nobis prodeſſe, nemo eſt qui negare audeat, proinde & hoc concedendum erit ſeruitutes in bonis computari.

4. Idemque haut diſſimulauit ICtus dum in *l.49.ff.de verb.ſignif.* ſuperficiem, quæ tamen ſeruitus eſt *tot.tit.ff.de ſuperficie l.52.de acquir.dom.* in bonis eſſe aſſeruit.

Neque refragatur adducta *l.1.ff.de vſu & vſufr. legato.* Variæ quippe ad eam adducuntur reſponſiones.

Nam *primo* Harprechtus ſtatuit, legem iſtam primam non eſſe intelligendam de vſufructu itineris, actus, viæ &c. ſicut nec de ipſis ſeruitutibus prædialibus, legitime in alieno prædio conſtitutis, ſed de vſufructu illarum ſeruitutum quæ domino in proprio prædio conſtitutæ ſint: At hæ, quia reuera non ſunt, nec conſtitui poſſunt, cum res ſua nemini ſeruiat, ideo etiam vſumfructum illarum ſeruitutum, ſi conſtituatur, in bonis non eſſe, cum non-entis nullæ ſint qualitates, nullæ differentiæ; concludit proinde Harprechtus iſtam *L.1.* non eſſe accipiendam de ſeruitute vere conſtituta; ſed de ea, quæ conſtituta non ſit, quæque nullibi debita fuerit.

Cæterum hæc interpretatio vix ſuſtineri poterit; *Tum* quia nullum apparet verbulum in Pauli reſponſo, ex quo colligi poſſit, ſermonem de vſufructu ſeruitutis, in re propria domino conſtitutæ, inſtitutum fuiſſe: *Tum* quia ſeruitutis, quotiens in legibus fit mentio, intelligitur ea ſeruitus, quæ in re aliena, & non in propria alicui conſtituitur, cum ſola iſthæc pro ſeruitute habeatur: *Tum* quia ratio, ob quam negatur vſumfructum itineris, actus, viæ conſtitui poſſe, non hæc redditur, quod iter, actus, via, aquæductus in re propria conſtitutæ ſint, & propterea non valeãt, nec in illis vſusfructus conſtitui queat; ſed hæc adducitur ratio, quod ſeruitus eſſe non poſſit: *Tum* denique, quia ex *verſ. incerti* manifeſte liquet, legatario ſeruitutis itineris, actus, viæ & aquæductus vſumfructum in re ipſius heredis, non vero in re propria legatum fuiſſe.

Secunda conciliatio & explicatio *d.l.1.* eſt Sneidewini, Mynſingeri, & Borchold. *ad pr.I. de Rerum diuiſ.* ſeruitutes improprie eſſe in bonis, idque velle *l.49.de verb. ſignific.* proprie vero in bonis non eſſe, eamque eſſe ſententiam *l.1.ff.de vſufruct. legat.*

℞ Sed præterquam, quod hac interpretatione & reſponſione principium manifeſte petitur, quia qua facilitate dicitur, ICtum in *d.l.49.* loqui abuſiue & improprie, eadem quoque aſſeri poteſt in *d.l.1* Paulum improprie locutum eſſe; Immo firmiori ratione id obtineri valet; quando quidem iam ſupra rationibus perſpicuis minimeque contemnendis euicimus,



Digitized by Google

mus, quod ſeruitutes reuera in bonis ſint.

*Tertio* Hermannus Vulteius in *pr.l.de Rer.diuiſ.n.*18. circa propoſitam quæſtionem hoc modo ſtatuendum exiſtimat, quod diuerſo reſpectu ſeruitus ſit in bonis & extra bona, quia ſeruitutes reales non perſonis,ſed prædiis debentur,&quidem in prædiis non ſuis,ſed alienis,in quibus nemo ius faciendi aliquid habeat, niſi quatenus iura &dominus ipſi concedunt. In bonis vero ſint reſpectu actionis confeſſoriæ, ſiue petitionis, qua ſeruitutem, fundo meo conſtitutam, petere poſſum; Adeoque ſeruitutem, ait, non eſſe in bonis eius, cuius fundus ſeruitutem debet, ad hunc nimirum effectum vt ipſe ſeruitutem petat,quia ſeruitus in fundo quidem ſuo, verum non ſuo, ſed alieno prædio eſt conſtituta, & rurſus non ſit in bonis eius, cuius fundo ſeruitus conſtituta eſt, quoniam non ipſius fundus, ſed fundus alienus fundo ſuo ſeruitutem debet. Equidem hæc interpretatio ſpeciem quãdam habere videtur, ſed vtrum ſatis ſit tuta, non immerito dubitari poſſet; ſiquidem, etſi prædia, in quibus ſeruitutes nobis conſtituuntur, aliena ſint, nec in bonis noſtris eſſe intelligantur; Non tamen exinde inferre licebit, ipſas quoque ſeruitutes in bonis noſtris non eſſe, quia iura,quæ in re aliena nobis conſtituuntur bonis noſtris annumerari ſupra euidentiſſime demonſtratum fuit.

Reiectis proinde hiſce explicationibus,mihi,ſemper, tamen aliorum rectius ſentientium iudicio ſaluo,hæc videtur eſſe mens Pauli ICti in obſcura iſta *l.1* non quod ſeruitutes,illic recenſitæ, iter videlicet actus, via & aquæductus non ſint in bonis, ſed quod legatur vſusfructus iſtarum ſeruitutum non ſit ex bonis, neque extra bona,hoc autem ideo, quia ſeruitus ſeruitutis, adeoque vſusfructus ſeruitutis fruſtra & nulliter conſtituatur; atque ita *verſic.quia id* ad legatum vſus fructus prædictarum ſeruitutum referẽdum opinor; vt autem ſic ſtatuam, mouet me *primo* quod in ea lege quæſtio non fuerit de ſeruitutibus itineris,actus,viæ &c.ſed de legato vſusfructus itineris,actus, viæ. *Deinde* quia conſtructio grãmatica non patitur particulam relatiuam ID. ad aliud præcedens referri nomen, quam ad legatum vſusfructus,de quo etiam ibidem quæſtio inſtituta fuerat, & quanquam nonnulli iſtam voculam ad præcedens nomen *itineris* referendam ducant,rationem tamen nullam adducere poſſunt, quare ad ſeruitutem itineris potius quam cæteras, verſiculus iſte *quia id* referri debeat.

Quocirca, obſtaculo iſto d.l.1. remoto,relinquetur verum eſſe id, quod ſupra propoſuimus, ſeruitutes non minus atque alia iura bonis annumerari debere.

Etſi autem actiones, nomina aliaque iura bonorum rerumque appellatione veniant, vt hactenus oſtenſum eſt,quoties tamen mentio fit rerum mobilium vel rerum immobilium, incorporales res ſiue iura nõ includi, ſed excludi intelligendum eſt: Quod enim neque mobilium, neque immobilium appellatione iura veniant, probat primo textus in *l.15.ff.de re iudic.§.2.*vbi in hæc verba Vlpianus ſcribit: *In venditione itaque pignorum captorum facienda, primo quidem res mobiles animales pignori capi iubent, mox diſtrahi; quarum pretium ſi ſufficerit, bene eſt, ſi non ſufficerit, etiam ſoli pignora capi iubent & diſtrahi. Quod ſi nulla mouentia ſint, à pignoribus ſoli initium faciunt. Sic denique interloqui ſolent, ſi mouentia non ſint, vt ſoli quoq; capiantur: Nam à pignoribus ſoli initium faciendum non eſt. Quod ſi nec quæ ſoli ſunt, ſufficiant, vel nulla ſint ſoli pignora tum peruenietur etiam ad iura.* Ecce hic diſerte iura diſcernuntur à rebus mobilibus & immobilibus in eoque, deficientibus rebus mobilibus, & immobilibus executio demum fieri iubetur.

Qu. 13. *An res incorporales appellatione immobilium contineãtur?*

2. Idem relucet quoque ex *l.7.§.4.ff.*

*de*

*de peculio. In peculio*, ait *Vlpianus, res eſſe poſſunt omnes & mobiles & ſoli, vicarios quoque in peculium poteſt habere ; & Vicariorum peculium ; hoc amplius & nomina debitorum.*

3. Quod ipſum quoque probari autumat Hotomannus in *l. vnic. §. 7. verſ. ex actio C. de rei vxor. act.*

4. Eiuſdemque validiſſimum fundamentum conſtitui putat in *l. 2. & 3. C. de quadriennii præſcriptione.* quibus in locis conſimiliter res incorporales, ſiue iura à rebus mobilibus & immobilibus diſcernuntur.

Vt autem ego de hac quæſtione, vtrum iura tertium & medium inter mobilia & immobilia conſtituant? Sententiam meam libere exponam; ſic mihi omnino ſtatuendum videtur: Incorporalia, ſiue iura, nequaquam tertiam ſpeciem inter mobilia & immobilia conſtituere, ſed ad immobilia referri debere; idque ex hac ratione, quod res immobiles illæ dicantur, quæ è loco in locum moueri non poſſunt: Iam vero iura, quia tangi non poſſunt, vt Iuſtinianus ait in *tit. de reb. corpor. & incorporalib.* ideo moueri è loco in locum nequeunt, &, quod huic conſequens eſt, immobilibus rebus merito accenſeri debent.

2. Accedit quod inter hæc duo, *moueri poſſe, & moueri non poſſe*, tanquam inter contradicentia, tertium dari nequeat; Igitur nec inter res mobiles & immobiles, quoniam illæ dicuntur, quæ moueri poſſunt; Hæ vero quæ moueri non poſſunt.

Huic autem ſententiæ longe veriſſimæ & rationi maxime conſentaneæ, ſuperiores textus, in quibus incorporalia à mobilibus & immobilibus diſtingui diſſentientes exiſtimant, nil quicquam aduerſantur: Tametſi enim in adducta *leg. 15. §. 2. de re iud. l. 7. §. 4. de pecul. l. vnic. §. 7. C. de rei vxor. act.* iura diſtinguantur à rebus mobilibus: non tamen diſcernuntur à rebus immobilibus, ſed duntaxat à rebus Soli; Res autem ſoli, etſi ſint immobiles, non tamen ſolæ ſunt immobiles, ac proinde iura, reſque incorporales in præfatis locis non opponuntur in genere omnibus rebus immobilibus, ſed certæ duntaxat rerum immobilium ſpeciei.

Porro in allegata *l. 1 & 2. C. de quadrienníj præſcript.* actiones & iura, tanquam rerum ſpecies diuerſæ, non opponuntur rebus immobilibus, ſed de rebus mobilibus & immobilibus Zeno diſſerit, quæ vel in actionibus, vel quocunq; iure conſtitutæ fuerint: Atqui res incorporales æque poſſunt dici in actionibus, vel quocunq; iure conſtitutæ, atque res immobiles: Quod enim res incorporales, ſiue iura actionibus quoque petantur, atq; ita in actionibus contineantur, teſtis eſt Iuſtinianus in *§. æque l. de act.* & quod iura certo iure certoq; modo conſtituantur, negari non poteſt, & ſatis ſuperq; exemplo ſeruitutum id euincitur *§. fin. Inſtit. de ſeru.* Nihil igitur quicquam in illis duabus legibus occurrit, ex quo probabiliter ſaltē colligi queat, res incorporales non poſſe rebus immobilibus accenſeri.

Succedit huic controuerſiæ alia non minus difficilis & intricata, vtrum debitor res ſuas vniuerſas obligans, cenſeatur etiam pignori obligaſſe merces, quas habuit venales? Qu. 14.

*An oppignoratione vniuerſorū bonorū contineantur merces venales?*

Pro affirmatiua ſententia pugnant Didacus Couarruu. *lib. 2. var. reſolut. c. 5. nu. 3.* Arius Pinellus in *rubr. C. de bonis matern. par. 1. n. 38.* Iacobus Menochius 4. *præſum. 137. n. 6.* quos ſequitur hic noſter Autor; Mouentur autem fundamento *l. quotiens 34. §. vlt. ff. de vſufr.* vbi Iulianus ait, vſufructu omnium bonorum legato, omnia cōtineri quæ in ſubſtantia ſunt teſtatoris; cui conſequens eſt contineri etiam merces, ſiue res venales: Quod ſi hoc in legato omnium bonorum obtinet, cur non idem in oppignoratione omnium bonorum æque locum haberet?

2. Hoc ipſum quoque non parum confirmari videtur *l. Generali 31. § vxor. ff. de vſu & vſufr. legato.* Cum enim illic tradatur, ſi teſtator vſumfructum omnium rerum, quas in domo habet, legauerit, venalia, ſiue merces non comprehendi, colligendum exinde videtur, ſi teſtator ſimpliciter ſine relatione ad certum locum leget bona vel res ſuas hoc legato merces contineri; Idem proinde dicẽdum de obligatione, ſiue oppignoratione vniuerſorum bonorum.

Cæterum, hiſce rationibus non obſtantibus, verior eſt Authoris noſtri ſententia, ſtatuentis, obligatione vniuerſorum bonorum merces venales non contineri; Quæ etiam ſententia communiori Dd. calculo approbata eſt, & ſubſequentibus fundamentis nititur.

1. In *l. ſuos autem ſeruos. 73. §. Eum qui. ff. de legat. 3.* Vlpianus in hæc verba ſcribit: ***Eum, qui venaliciariam vitam exercebat, puto ſuorum numero non facile contineri velle eiuſmodi mancipia, niſi euidens voluntas ſuit etiam de his ſentientis Nam quos quis ideo cõparauit, vt illico diſtraheret; mercis magis loco quam ſuorum habuiſſe credendum eſt.*** Hinc igitur inferendum & concludendnm eſt, cùm ſuorum bonorum appellatione non contineantur merces venales, non etiam cenſeri obligatas quando quis omnia ſua bona pignori obligauit.

2. Accedit huic etiam in *l. 32. §. Idem cum quæreretur. ff. de auro & argento legat.* vbi teſtator argentum ſuum omne legauit; nec tamen eo legato argentum, quod negotiandi cauſa venale proponi ſolet, comprehendiſſe videtur: conſimiliter itaque quando teſtator omnia ſua bona hypothecæ ſupponit, non cenſetur merces, quas venales habet, pignori obligaſſe.

Non refragatur huic ſententiæ ſupra allegata *l. 34 § vlt. de vſufruct.* Nam falſo præſupponitur, res venales in ſubſtantia teſtatoris, ſeu debitoris eſſe; cum, Vlpi:no teſte, ſuorum numero & appellatione non contineantur *d. l. 73. §. Eum qui. de legat. 3.*

Minus vero obſtat adducta *l. 31. de vſufruct. legat.* Argumentum enim, quod à contrario ſenſu exinde deducitur, adverſus leges expreſſas, paulo ante in contrarium adductas, vim concludendi non habet.

Denique aſſertioni noſtræ non contrariatur *l. 34. pr. ff. de pignorib.* vbi, Taberna obligata, merces, quæ in illa fuerunt, obligatæ dicuntur. Nam quin res venales pignori obligari à mercatoribus queant, extra dubium eſt, verum anne generali obligatione rerum & ipſæ obligatæ ſint, in dubium merito vocatur & rationibus optimis, antea adductis, dilucide confirmatur quod oppignoratæ non cenſeantur.

De re, quam debitor in emphyteuſin accepit, anne intelligatur pignori obligata, quando is vniuerſa ſua bona obligauit? Qu. 15. *An vniuerſis bonis oppignoratis, cenſeatur et functus emphyteuticum eſſe oppignoratus?*

Negatiua amplectenda videbatur, propterea quod res quæ alienari non poſſunt nec pignorari queant, per ea quæ notat Bartol. in *leg. Codicillis. ff. de legat.* 2. Maxime cum hypothecatio, ſeu oppignoratio ſit ſpecies quædam alienationis *argum. cap 55. lib. 2 feud. l. fin. C. de reb. alien. non alien.* Quicquid autem de genere negatur, idem quoque de ſingulis ſpeciebus illi generi ſubiectis negari & remoueri cenſetur. Iam vero certum eſt, res emphyteuticas alienari ſine Domini directi conſenſu non poſſe *l. fin. C. de iure emphyteut.* Dicendum itaque & hoc videtur, res emphyteuticas non poſſe oppignorari, & multo minus generali rerum, ſiue bonorum oppignoratione contineri.

Sed, hac ratione non obſtante, dicendum eſt, res emphyteuticas abſque nouo domini conſenſu poſſe oppignorari; & ideo generali rerum obligatione comprehendi.

Pro

Pro qua ſententia textus eſt in *l.31.ff.de pignorib.* in qua Scæuola ICtus ita ſcribit: *Lex vectigali fundo dicta erat, vt ſi poſt certum temporis vectigal ſolutum non eſſet, is fundus ad dominum redeat; poſtea is fundus à poſſeſſore; pignori datus eſt; quæſitum eſt an recte pignori datus eſt? Reſpondit. ſi pecunia interceſſit pignus eſſe.* Ecce, hic Scæuola diſerte profitetur, fundum vectigalem, ſiue emphyteuticarium oppignorari poſſe.

2. Cui adſtipulatur Iuſtinianus Imperator in §. *Adeo autem .3. I. de locat. conduct.* Nam ibi efficaciter fundum emphyteuticarium alienari & pignorari poſſe dicitur. Cui aſſertioni omnino conſequens eſt, prædium emphyteuticum oppignoratum eſſe, quando emphyteuta vniuerſa bona ſua creditori oppignorat.

Ad contrarium vero fundamentum triplici modo reſpondet Neguzantius in *tract. de pignorib. part. 2. membr. 2. n. 29.* Nam *primo* ait *d. l. ſina. C. de iure empyt.* in qua iſtud argumentum fundatur, non prohibere ſimpliciter & directo alienationem, ſed prohibere ius emphyteuticum in alium transferri; aliud autem eſſe alienare, aliud transferre, cum etiam ſimplex locatio dicatur translatio *l. fin. in verſic. tranſitu erunt C. de bonis auth. iud.* & ideo regulam iſtam, *quæ res prohibetur alienari ea non poteſt obligari,* ad emphyteuſin accommodari non poſſe.

*Secundo ait*, ad obiectum argumentum reſpondendum eſſe, prohibita alienatione non eſſe prohibitum obligationem pignoris, dummodo non obligetur res pro tanta quantitate, ꝙ veriſimiliter nō ſit ſpes luitionis, id quod in propoſito præſupponi debet.

*Tertio* dicit reſponderi poſſe, quod licet appellatione alienationis veniat hypotheca, tamen iſtud eſſe impropriè & ex interpretatione; Et ideo appellatione alienationis venire hypothecam, quando ſumus in diſpoſitione, in qua fit latiſſima interpretatio, vt in teſtamentis, ſecus autem quando ſumus in diſpoſitione, in qua fit ſtricta interpretatio, vt in ſtatutis, & ita in prohibitione alienationis, quæ fit in odium alterius: Quapropter cum ſimus in diſpoſitione *d. l. fin. C. de iur. emphyt.* quæ eſt pœnalis, inducens caducitatem & priuationem, & per conſequens ſit ſtricte interpretanda *l. cum quidam ff. de lib. & poſthum* prohibita alienatione non cenſeri prohibitam oppignorationem.

Sed, miſſis hiſce Neguzantij reſponſionibus, ita ad propoſitum argumentum reſpondendum eſſe opinor; prædium emphiteuticum omnino alienari poſſe, per *tex. in d. l. 31. ff. de pignor. & §. adeo 3. I. de locat. conduct.* Minorem proinde propoſitionem falſam eſſe: Non obſtante *l. fin. C. de iure emphyt.* Nam ibi non agitur de prædij emphyteutici alienatione, ſed de alienatione iuris emphyteutici in re emphyteutica conſtituti. Male proinde *d. l. fi.* ad propoſitum noſtrum accommodatur. Vide quæ ſcripſi hac de re *in diſp. præced. de locat. conducto.*

Etſi vero generali obligatione bonorum res vniuerſæ debitoris, tam futuræ, quam præſentes, prout ſupra eſt demonſtratum, contineantur; ſunt tamen res quædam quæ exceptæ cenſeantur: Ac primum generali obligatione placet non contineri omnia ea, quæ veriſimile eſt debitorem ſpecialiter pignori daturum non fuiſſe *l. 6. ff. de pignorib.* Huius generis duæ ſpecies habentur. Quædam ſunt res, quæ ſunt debitori in vſu quotidiano & neceſſariæ: Hæ non continebuntur; quales ſunt, veſtis, ſupellex, artifici inſtrumēta artis militi arma, agricolæ boues, iumenta & inſtrumenta aratoria *dict. l. 6. & ſeq.* Aliæ ſunt res, quæ ad affectionem debitoris pertinent; in quo genere numerantur ſerui, filij naturales, concubinæ, alumni & ſimiles perſonæ *l. denique ff. de pign. l. 1. C. quæ res pign. dar. poſſ.*

BIBLIOTECA NA… ROMA VITTORIO EMANUEL…



Digitized by Google

Hæ, inquam, res obligatione pignoris non continentur, etiamſi poſtea debitor deſierit, alias res in ſuo patrimonio habere: Nam hæ à principio obligatæ non fuerunt, vt nunc oſtendimus; Quare nec ex euentu obligabuntur, quamuis debitor alias res habere deſierit. Hic enim ab initio obligatio certam legem & conditionem accepit: Hæ ex euẽtu non mutabitur, inuito debitore *l. vero. 12. §. 1. ff. de ſolut.* Quod ſi tamen ab initio nullas alias res habuit, dubium non eſt quin prædictæ res, alias à generali obligatione exceptæ, contineantur obligatione generali, quia alioquin obligatio foret inutilis. Quotiens autem id metuimus, ſemper id agendum eſt, vt obligatio aliquid operetur *l. quotiens in ſtipulationibus. ff. de verb. oblig. l. quoties ff. de Reb. dub.*

Quin & tunc præfatæ res obligatione generali comprehẽduntur, quando generalis obligatio cõcepta eſt poſt mortẽ; idque ideo, quia ratio, ob quam à generali obligatione excipiuntur, hoc caſu deficit: Nulla enim amplius debitoris eſt affectio, cum vitâ exceſſit, nec vllâ re amplius ſui ad ſuſtentationem quotidianumq; vſum indiget.

Qu. 16. *An res ſub pœna alienari prohibita contineãtur generali vniuerſorũ bonorũ hypotheca?*

De prohibitis alienari ſub pœna quæſtionem hîc ſubiungit Autor noſter, anne omnium bonorum oppignoratione contineantur, an vero ab eadem excipiantur? Excipi ait Treutlerus noſter *argu. c. vnic. de prohibit. alienat. feudi per Fridericum* vbi feudum, ſub pœna priuationis alienari prohibitum, dicitur oppignorari non poſſe. Ex quo colligitur quod nec aliæ res alienari ſub pœna prohibitæ, poſſint oppignorari.

Sed vitioſum eſt hoc argumentum à remotione, ſeu prohibitione ſpeciẽ ad remotionẽ ſeu prohibitionem generis deductum. Nec ſequitur res feudales, alienari prohibitæ, non poſſunt oppignorari. Ergo nullæ res prohibitæ alienari poſſunt oppignorari.

Etenim quotiens in re odioſa, qualis eſt diſpoſitio, aliquid ſub pęna caducitatis prohibens, verſamur interpretanda, tôtiens nomen alienationis ſtricte accipitur *arg. cap. odia. de Reg. Iur. in ſext.* vt ſupra ex Neguzant. *d. tr. de pign. p. 2. n. 29.* notauimus.

Atqui, nomine alienationis, ſtricte ac proprie accepto, non comprehenditur oppignoratio, ſeu obligatio; cum conſtet pignorationem nõ transferri dominium rei oppignoratæ: nec hanc per illam fieri alienam. Quocirca bona, alienari ſub pœna prohibita, non intelliguntur prohibita hypothecari; ac conſequenter generali obligationi & hæc ineſſe cenſentur, exceptis iis, quæ non ſolum alienari ſub pœna, ſed oppignorari etiam expreſſe prohibentur, quorum in numero ſunt bona feudalia *d. cap. vnic. de prohib. alienatione feudi per Frideric.* Exemplum igitur bonorum feudalium ad rem parum facit.

De bonis reſtitutioni fideicommiſſariæ ſubiectis, nullum poteſt eſſe dubium quin generali obligatione bonorum non contineantur, propter textum hac de re dilucidum in *l. fin. §. 2. C. comm. legat.* vbi Imperator Iuſtinianus in hæc verba ſcribit: *Sed quia noſtra maieſtas per multos caſus legatariis & fideicommiſſariis proſpexit, actionesque tam perſonales, quam in rem & hypothecarias dedimus & in rem miſsionis tenebroſiſſimus error abolitus eſt & ad hanc legem peruenimus: Nemo itaque hæres ea, quæ per legatum, vel pure, vel ſub certo die relicta ſunt, vel quæ reſtitui aliis diſpoſita ſunt, vel ſubſtitutioni ſuppoſita ſecundum veterem diſpoſitionem putet in poſterum alienanda, vel pignoris vel hypothecæ titulo adſignanda, vel mancipia manutenenda, ſed ſciat quod alienũ eſt, non licere, vtpote ſui patrimonii exiſtens, alieno iuri applicari; quia ſatis abſurdum eſt rem, quam in ſuis bonis pure non poſſidet, eam ad alios poſſe transferre vel hypotheca pignoriue nomine obligare, vel manumittere, & alienam ſpem decipere.*



Digitized by Google

Pari ratione generali obligationi non inſunt bona illius qui heres pignoranti extitit: Cũ enim & hæc aliena ſint, nec ad defuncti patrimonium ſpectare vllo reſpectu dici poſſint, abſurdum foret, eas obligatione, ſuper bonis duntaxat defuncti inita, comprehendi.

Adhæc res alienæ hypothecari prohibentur in *l. fin. C. de reb. alien. non alienand.* res autem heredis, reſpectu defuncti, recte dicuntur alienæ.

Denique quæ res ab initio non ſunt in obligatione, illæ ex euentu non obligabuntur, quamuis eiuſdem ſint debitoris *arg. l. vero 12. §. 1. ff. de ſolut.* multo igitur minus res alienæ, quæ ab initio in obligationem deductæ non fuerunt, ex euentu obligationi inerunt.

Et hoc ipſum eſt quod in *l. 29. de pignorib.* Paulus ſcribit: *Generalem quidem conventionem*, inquiens, *ſuffi ere ad obligationem pignorum, ſed ea, quæ ex bonis defuncti non fuerunt, ſed poſtea ab herede eius ex alia cauſa acquiſita ſunt, vindicari non poſſe à creditore teſtatoris.*

Sic etiam res dotales generali obligatione non contineri certum & expeditum eſt: Sunt enim prohibitæ alienari Lege Iulia, vſq; adeo vt ne quidem cõnſenſu mulieris accedente oppignoratio illarum valeat, referente Iuſtiniano in *pr. I. quib. alien. licet vel non.* Quam legem Iuliam confirmauit Iuſtinianus in *l. vnic. §. & cum lex. 15. C. de rei vxor. act.* Cum igitur res dotales ſpecialiter & expreſſe obligari nequeant, non continebuntur generali obligatione.

Denique ius patronatus pignori ſupponi prohibetur in *cap. cum Bartholdus. de Re iud.* vbi expreſſis verbis decernitur ius patronatus obligari ſpecialiter nõ poſſe, nec generali obligatione pignoris comprehendi. Hiſce vero exceptis ſalua erit regula propoſita in *dict. leg. 6. ff. de pignoribus.*

*Lit. E & F.* Speciale pignus, quod in certis duntaxat quibusdam rebus aut in re etiam vna contrahitur *l. 1. pr. l. 15. § 1. de pign. l. 4. ff. ſi quis caut.* etſi vltra res in illud expreſſe & nominatim deductas, ad alias non extenditur, ad ea tamen, quæ rei obligatæ accedunt, vel exinde naſcuntur merito porrigitur, veluti ſi fundo oppignorato alluuione aliquid fuerit adiectum: Ita quippe Marcianus in *l. 16 pr. ff. de pign.* ſcribit: *Si fundus, ait, hypotheca datus ſit, deinde alluuione maior factus eſt; totus obligabitur. Nec enim par videtur vt aliud in parte & aliud in toto conſtituamus, cum & acceſſorium ſoleat ſequi naturam & ius ſui principalis*: Et quod pignus creſcat atque augeatur alluuione & conſimilibus acceſſionibus, affirmat Paulus in *l. 18. §. 1. & §. 3. ff. de pignor. act.* Et quia partus ancillæ ſequitur conditionem ventris *§. 1. I. de ingenuis.* eiusdemque acceſſio eſt, idcirco recte Modeſtinus reſpondit ex pignoratis ancillis nata mancipia & ipſa pignori eſſe.

Cæterum quod hic Autor noſter ſubiiecit dotis vel alterius cauſæ priuilegiatæ vſuras vel acceſſiones eandem habere hypothecam, quam habet ſors principalis, regulæ iuris communis plane repugnat.

Nam ita iure communi cautum eſt vt pignus, in ſortẽ obligatum, prius nõ cenſeatur in vſuras obligatum eſſe quam hoc inter debitorem & creditorem, expreſſe actum fuerit: Ratio autem huius eſt iſta, quod res non obligetur pignori, vbi de pignore non conuenit *l. Ariſto. ff. quæ res pig. obligar. poſſ.* Vt autem res oppignorata pro vſuris etiam ſit obligata, inter contrahentes non conuenit. Recte itaque noſter Treutlerus de rebus duntaxat priuilegiatis loquitur.

Coronidis loco addit Treutlerus, iure Saxonum bona immobilia non niſi cum conſenſu iudicis (durch Gerichts gunſt) pignori dari poſſe; Idque diſerte cautum & ſancitum eſt *lib. 1. artic. 8.* Landtrecht. Idem-

Idemque Electoralis conſtitutio quæ eſt ſub *parte ſecunda* 23. confirmat; Cuius verba hæc ſunt: Wiewohl nach gemeinen Rechten ein jeder ſeine Güter ohne gerichtliche inſinuation oppignoriren vnd verpſenden kan/ſo iſt doch ſolches der Orter/da Sächſiſch Recht gehalten/durch langwirigen Gebrauch anders eingeführet/nemlich/daß die ſpecial verpſendung vnbeweglicher Güter/oder aber auch wenn ſie gleich general vnd allgemeine auff alle Güter gerichtet/für die Obrigkeit/vnder welcher ſie gelegen / oder auch denen Lehenherrn muß inſinuiret werden/ ſonſten aber vnkrefftig ſey.

Vnd dieſes hat vernünfftige Vrſachen/damit ein Gut nicht vielen verſetzt/ vnd alſo die Leuthe betrogen werden / jedoch wo einer ein Gut abſq; inſinuatione verpſendet/vnd es wollens ſeine Erben wider haben / vnd den Pfandtſchilling nicht wider erſtatten/derer Vrſachen daß die oppignoratio nichtiger Weiß geſchehen/ ſo ſeind ſie nit zu hören/ ſondern den Pfandtſchilling gegen einreumung deß Guts zu erſetzen ſchuldig.

Wann auch ein glaubiger vor zween oder drey Zeugen / oder durch auffrichtung eines Vertrags/ſo mit etzlicher henden Sigel befreſſtiget hypothecam generalem & ſpecialem conſtituiren würden / ſo ſoll es auch für eine hypothecam geachtet vnd allen Chirographariis creditoribus vorgezogen werden.

Es ſollen aber die gerichtliche verpſendung allen andern hypotheceis, ſo nicht coram iudice geſchehen fürgehen/ vngeachtet/ ob die andern der Zeit halber elter weren.

Wann auch bona emphyteutica oder cenſitica Erblehen oder Erbzinßgüter / darüber ein Vnderthan einen Lehenherrn erkennen muß / oder die er ſonſten in Lehen zuempfangen pfleget/verſetzt oder verpſendet / ſollen dieſelbe anderer Geſtallt nicht/dann mit Gunſt vnd bewilligung deß Erb oder Lehenherrns hypothecirt werden / vnd ohne/daß die verpſendung gantz nit ſtadt haben.

RESOLVTIO THESIS III.

Atque ita pignus conuentionale conſtituitur. Citra conuentionem conſtituitur pignus vel iuſſu teſtatoris, vel magiſtratus auctoritate; Iuſſu teſtatoris conſtitui pignus, autor eſt Vlpianus in *l.* 26 *ff. de pign. act.* vbi ita ſcribit: *Non eſt mirum ſi ex quacunque cauſa magiſtratus in poſſeſſionem aliquem miſerit, pignus conſtitui: cum teſtamento quoq; pignus conſtitui poſſe, Imperator noſter cum Patre ſæpiſſime reſcripſit: Tunc autem pignus à teſtatore conſtitui dicitur, quando rem aliquam ſuam ſuo creditori pignori eſſe iubet.* *Lit. A.*

Quod pignus Magiſtratus auctoritate conſtituitur, eſt vel prætorium, vel iudiciale: *prætorium* illud pignus appellant, quod creditor ex miſſione in poſſeſſionem bonorum debitoris, ex primo decreto facta, conſequitur, vel quia ipſi ſatisfactum nõ eſt, vti debuit, vel quia aliter debitor fuit contumax *l.* 1. *ff. ex quib. cauſis in poſſeatur. l.* 3. *C. vt in poſſeſſ. lega.* *Lit. B.* Qu. 17. *An idẽ ſit pignus iudiciale & prætoriũ?*

*Iudiciale* vero illud dicitur, quod creditori ex cauſa iudicati à magiſtratu, qui vel ipſe iudicauit, vel iudicem dedit, ſententiæ exequendæ cauſa, datur ad hoc, vt iudicatis ſatisfiat. *l. à Diuo. §. In venditione. ff. de re iudic. l.* 1. *ff. de exception. rei iudicat.*

Et pro hac diuiſione ſequentia fundamenta facere videntur: Quæcunque differunt cauſa efficiente ſiue conſtituente, ea quoque re ipſa & ſpecie differunt, nec vnum idemque eſſe dici poſſunt. Iam vero pignus iudiciale & prætorium differunt cauſa efficiente & conſtituente.

Cauſa quippe efficiens pignoris prætorij eſt prætor, ſiue magiſtratus, qui ex primo decreto aliquem in bonorum poſ-

poſſeſſionem mittens, illud conſtituit; vnde etiam nomen habet, quod prætorium appellatur: iudicialis autem pignoris efficiens cauſa eſt iudex; hinc quippe nomen ſuum ſortitur quod iudiciale vocatur, prætorem porrò diuerſum fuiſſe à iudice euidentiſſimè probat *l. 2. C. de pedan. iudicibus.*

Olim quippe prætor, ſeu magiſtratus non ſolebat ipſe iudicare in cauſis privatorum, ſed iudicem, qui iudicaret, conſtituere, vt hoc ſupra prolixius ſum proſecutus. Hinc nata eſt diuiſio ſtipulationum in conuentionales, prætorias & iudiciales, quæ à Iuſtiniano proponitur in *tit. Inſtit. de diviſ. ſtipulat.* Neceſſario proinde concludendum videtur pignus rectè in prætorium & iudiciale diuidi; illudque pignus, quod pro iudicati executione à iudice conſtituitur, à prætorio diuerſiſſimum eſſe.

2. Amplius diuiſionem hanc probant diuerſi tituli, qui de pignore prætorio deque pignore iudiciali, quod ex cauſa iudicati capitur, in iure noſtro extant: De prætorio enim pignore eſt titulus in *Codice ſub lib. 8. numero 21.* De iudiciali verò pignore habetur titulus ſed *eod. lib. 8.* qui his verbis inſcribitur: *Si in cauſa iudicati pignus cap.* Diuerſi igitur hi tituli pignorum diuerſitatem arguunt.

3. Eandem ſententiam confirmat & hæc ratio quod definitio pignoris prætorii non poſſit pignori iudiciali vllo modo applicari. Pignus enim prætorium eſt quod creditori ex cauſa miſſionis in bonorum poſſeſſionem, ex primo decreto factæ, creditori ad contumaciam debitoris coercendam conſtituitur *l. miſſio. ff. pro empt. l. qui legati. C. vt in poſſeſſ. legat.* quibus in locis apertè aſſeritur, pignus, ex cauſa miſſionis conſtitutum, eſſe prætorium. Iam verò illi pignori, quod ex cauſa iudicati capitur præmiſſam definitionem nō competere, indubitatum eſt. Pignus itaque iudiciale non poteſt prætoriū vocari, &, quod huic conſequens eſt, diuerſæ ſūt pignoris ſpecies prætoriū & iudiciale.

4. Inſuper pignus prætorium ex eo dicitur, prout & ſupra monuimus, quod iure prætorio, ſiue edicto prætoris conſtituitur: at pignus, quod ex cauſa iudicati capitur, & iudiciale vocatur, non conſtituitur neque permittitur edicto, ſed extra ordinem conſtituitur, vt innuit *l. pignora. ff. de euict.*

5. Differre porrò prætorium & iudiciale pignus materia, ſubiecto, ait Vulteius in *iuriſp. ud. Romana lib. 1. c. 34. num. 29.* quia iudiciale ex ſola iudicati cauſa capitur, prætorium ex quauis alia.

6. Ad hæc prætorium pignus dicitur, quando nulla præcedente ſententia, iudex immittit creditorem in poſſeſſionem ex primo decreto: iudiciale verò, cū ex ſententia præcedente vel re iudicata iudex agentem ex primo decreto immittit: ex quo apparet quod forma conſtituendi quoque hæc pignora differant.

7 Inſuper Neguzantius in tractat. de pign. part. 2. membr. 3. ait ſe vnam notabilem pignoris prætorii & iudicialis inueniſſe, differentiam videlicet hanc quod in pignore prætorio, quando eſt facta immiſſio ex primo decreto, non præcedente re iudicata intra annum in reali, in perſonali intra 30. annos poteſt recuperare rem detentam reſtituendo expenſas & cauendo de iudicio ſiſti *Auth. ei, qui iurat. C. de bonis authorit. iud. poſſid. c. 1. de dolo & contumacia. in ſext.* In pignore autem iudiciali, videlicet quando eſt facta immiſſio pro executione ſententiæ, eſt ſecus; quia in eo non auditur reus volens recuperare poſſeſſionem, licet auferat expenſas & ſatisdationem prædictā Bartol. *in l. properandum. §. ſin autem reus C. de iudic. per text. in l. pecunia. §. final. ff. vt in poſſeſſ. legator.* ſed oportet, ſi debitor, contra quem facta eſt immiſſio, in pignore iudiciali, vult recuperare pignus, vt ſoluat illud in quod eſt condemnatus.



Digitized by Google

runt à magiſtratu iudices dari, ipſique magiſtratui incumbit, vt de cauſis, priuatis etiam, cognoſcant ſententiamque ferant; & ideo hodie pignus, quod ex cauſa iudicati capitur, & iudiciale appellitatur, à nemine, niſi à magiſtratu, conſtituitur, ac proinde à prætorio pignore non poteſt cauſa efficiente, ſiue conſtituente diſcerni.

*Ad ſecundum* argumentum reſponderi debet; in titulo, qui inſcribitur de prætorio pignore, in genere tractari de pignore iſto, quod prætoris ſine Magiſtratus authoritate conſtituitur: in titulo autem ſubſequenti, *ſi in cauſa indicati pignus captum ſit*, de ſpecie pignoris prætorii agi: Et, vt rem omnem paucis complectar, in prædictis titulis pignus, quod ex cauſa iudicati capitur, diſtinguitur à pignore prætorio, vt ſpecies à genere: cum enim in titulo *de pratorio pignore*. tractatū eſſet de quouis pignore prætorio; adeoq; de pignore etiam eo, quod à magiſtratu ex cauſa iudicati conſtituitur *d. l. 2.* voluerunt legum compilatores ſubiicere titulū ſpecialem *ſi in cauſa iudicati.* in eoque de ſpecie pignoris prætorii tractare, de eo, inquam pignore quod prætor ex cauſa iudicati conſtituere ſolet: Hoc autem ideo, vt ſub ſpeciali iſto titulo exponeretur ius illud, quod ſpecies illa pignoris proprium & peculiare habet: neque nouum eſt vt propoſitis prius titulis generalibus, ſubiiciuntur poſtea tituli ſpeciales, vt ſi quid proprium ſit in ea ſpecie exponatur & cognoſcatur: ſic enim titulo *de pignoribus* in codice ſubiicitur titulus de prætorio pignore. Titulo *de obligationibus* in Digeſtis ſubiicitur Titulus *de verborum obligationibus:* Titulo *de verborum obligat.* ſubiicitur Titulus *de prætoriis ſtipulationibus.* Titulo *de Vſucapionibus* ſubiicitur titulus *de vſucapione pro emptore, de vſucapione pro donato*, de *vſucapione pro legato* &c. huiuſque rei exempla alia propè innumera adduci poſſent.

*Ad Tertium* argumentū reſpondetur cōmitti Elenchum definitionis: nam definitio prætorii pignoris, quæ adducitur, nō eſt definitio pignoris prætorii, generaliter accepti, ſed ſpeciei ſaltē vnius pignoris prætorii, quā definitionē alteri pignoris prætorii ſpeciei applicari nō poſſe, facile largior: ſiquidem ſpecies, eidem generi ſubiectæ, etſi in definitione generica conueniant, non tamen conueniunt in definitione ſpecifica: quod autem nō genus pignoris prætorii, ſed eius duntaxat vna ſpecies ſuperiori definitione cōprehēdatur, ſatis euidenter probat *d. l. 2. C. de prætor. pign.* Deinde pignus quod ex cauſa miſſionis bonorū in poſſeſſionē ex primo prætoris decreto conſtituitur, eſt prætoriū, ſed non ſolum, verū & illud eiusdē eſt generis, quod ex cauſa iudicati capitur: nec bona eſt conſequētia: *pignus, quod miſſione in poſſeſſionem bonorum, ex primo decreto facta, cōſtituitur p̄toriū pignus: ergo illud ſolū eſt pignus p̄toriū, nec eo nomine inſigniri poteſt illud, quod à prætore ex cauſa iudicati capitur:* plus ſiquidē eſt in cōcluſione, quā in præmiſſis & cōmittitur fallacia à dicto ſecūdū quid, ad dictū ſimpliciter.

*Ad quartum* argumentum ex prædictis expedita & facilis eſt reſponſio: primò enim maior propoſitio, hoc modo concepta, non eſt vera: nam ſi illud pignus, quod iure prætorio conceditur, pignus prætorium foret, & illud pignus prætorium dicendum eſſet, quod ex conventione deſcendit, & conuentionale appellatur atque à prætorio pignore expreſſè diſtinguitur in *d. lege 2. C. de prætor. pign.* ſiquidem & hoc iure prætorio conſtituitur & confirmatur ad actionem producendam *leg. ſi tibi. §. de pignore. Digeſt. de pact.* Quod ſi verò illud pignus, quod ex decreto magiſtratus per miſſionem in bonorum poſſeſſionem conſtituitur, volūt prætorium dici, tunc illud quidem largior, ſed interim id ſolum eſſe prætoriū pignus, nego & pernego: Deniq; aſſūptio

propoſiti argumenti falſa eſt: Quod enim pignus, quod rei judicatæ cauſa capitur, iure prætorio atque prætoris edicto conſtituatur, luculenter probat *l. 1. §. ait prætor. & l. 5. ff. de re iudicat.*

*Ad Quintum* reſpondeo, differentiam, quæ ibi proponitur, non diſcernere pignus iudiciale, quod ex cauſa iudicati capitur, à genere pignoris prætorii, ſed à ſpecie ſaltem prætorii pignoris.

Eadem plane eſt *ſexti argumenti* ſolutio.

Eodemque modo & *ſeptimum* Neguzantii argumentum diſſolui debet.

Sic etiam, quando Iacobus Cuiacius in *paratit l. ſub titulo. ſi in cauſa iudicati.* pign⁹ iudiciale à prætorio hoc modo diſtinguit, quod illud in cauſam iudicati ex bonis condemnati capiat executor rei iudicatæ, iuſſu & auctoritate eius, qui hoc præcipere poteſt, id eſt magiſtratus, qui iudicem dedit, prætorium verò pignus detur, non capiatur; item quod prætorium occupet creditor: iudiciale verò executor, ſiue apparitor magiſtratus *l. 2. C. ſi in cauſa iudic. l. ſi plus. ff. de euict.* prætor ū pignus ex edicto iure ordinario conſtituatur, iudiciale extra ordinem *l. ſi pignora. ff. eod.* prætorium in rem conſtituatur, iudiciale in perſonam, id eſt, reſpectu eius, ſecundum quem iudicatum eſt *d. l. ſi iure.* prætorium detur etiam aduerſus debitorem non iudicatum; iudiciale verò capiatur tantum ex bonis iudicati, tum animaduertendum omnes haſce differentias & quæ præterea ab Interpp. adduci ac cumulari ſolent, iudiciale pignus non à pignoris prætorii genere, ſed ab eius duntaxat ſpecie diſcernere; id quod conſideratis probè fundamentis, pro noſtra opinione adductis, manifeſtiſſimum euadet.

*RESOLVTIO THESIS QVARTÆ.*

Lit. A. B. Ex diſpoſitione legis conſtituitur tacitum pignus duplici modo: Nam lege, C. & D. vel ſtatuto debitoris res pignori ſubiiciūtur, aut ex tacita quadam conuentione contrahentium, aut ex priuilegio: illud pignus Tacitum in ſpecie dicitur; hoc verò legale vocatur. Prioris exemplū ſiue ſpecies occurrit in illatis & inuectis in prædium vrbanum conductum quæ diſpoſitione legis ex præſumpta, ſiue tacita vtriuſq; & locatoris & conductoris conuentione, pro mercede locationis proque damno ædibus conductis dato pignori obligantur locatori ſiue domino ædium *l. 4. ff. de pact. l. 2. 4. & 6. ff. in quibus cauſ. tacit. pign. l. fin. Cod. eod. §. Item Seruian. I. de actionibus.* Et quidem de Vrbano prædio conſtat, quod quæ in illud inducuntur, inuehuntur & inferuntur ita, vt modo dictum eſt, tacite obligentur pignori: De illatis verò inuectis & inductis in prędium ruſticum, anne & illa conſimiliter pro penſione locationis & pro damno, in prędio conducto dato, tacitè pignori obligentur? non exigua eſt dubitatio: Et quidem de hac quęſtione occurrunt tres diuerſæ ac diſcrepantes Dd. opiniones: Sunt enim qui idem plane in ruſtico, quod in vrbano, quoad præſens negotium, conſtituendum autumant: Alii verò negant abſolute ac ſimpliciter illata & inuecta in prædium ruſticum obligari tacite pignori: Non deſunt denique qui ſic demum inuecta, inducta & illata tacite pignori obligari volunt, quando ſcientia domini ſiue locatoris prædii intercedit, hoc eſt, quando locator ſcit res quaſdam conductorem in prædium ſuum inferre, & patitur hoc fieri, nec contradicit. Et hæc mea quoq; eſt ſententia, quam pluribus defendi, reſolutis contrariis diſſentientium fundamentis in *tract. de pact. c. 8. quæſt. 15. & lib. 3. tractat. 3. q. 3. variar. reſolut. iuris ciuil.* vide etiam ſupra *volum. 1. diſputat. 6. quæſt. 20.* vbi etiam demonſtratum fuit hoc ius tacitæ hypothecæ in ſupellectil: ſtudioſorum, non minus, atque in aliis

liis cuiuſque inquilini rebus locum ſibi vendicare.

Quod ipſum de rebus minorum quoque probatum fuit in *tr. de pact. c. 2. quaeſt. 16.* Etſi porro illata, inducta & inuecta in prædium ruſticum non obligētur pignori niſi domini acceſſerit ſcientia, fructus tamen in prædio nati, tacite pro penſione locationis obligati ſunt locatori. Quod Pomponius in *l. 7. ff. In quib. cauſis pign. tac. contr* his verbis confirmat: *In prædiis ruſticis fructus, qui ibi naſcuntur, tacite intelligūtur pignori eſſe domino fundi locati, etiamſi nominatim id non conuenerit.* Inculcatur hoc ipſum *l. 3. C. eod. tit.* vbi diſertis verbis Alex. Imperator deſcribit; *fructus pignori datorū prædiorum, etſi id aperte non ſit expreſſum, pignori tacita pactione ineſſe.* Tamdiu autem durat tacitum iſtud pignus in fructib. natis in prædio ruſtico, quamdiu fruct⁹ extant nec abſumpti ſunt; abſumptione ſiquidem fructuū pignus extinguitur; quo tamen caſu condictionem competere opinatur Treutlerus noſter, idque probari putat ex *l. 16. §. 4. ff. de pignoribus*, ſed tamen nihil ex eo textu colligi poteſt, quod ad propoſitum pertineat.

*Lit. E.* Tacitam præterea hypothecam creditori mutuāti ad reſtitutionem ædificii, in illo ipſo ædificio, ad quod reſtituendum credidit, aſſerit, Papinanus *in l. 1. ff. In quib. cauſis pignus vel hypothec. tacit. contrah. Senatusconſulto*, inquiens, *quod ſub Marco Imperatore factum eſt, pignus inſulæ creditori datū, qui pecuniam ob reſtitutionē ædificii extruendi mutuam dedit, ad eum quoq; pertinebit, qui redemptori, domino mandante, nūmos miniſtrauit.* Quod proculdubio boni publici cauſa conſtitutum eſt: Siquidem in ædificiis tuendis & collapſis reſtituendis publica verſatur vtilitas; cū agatur in eo dignitas vrbis & ornamentum, vt ædificia integra ſint & bene compoſita, non caſſa & ruinoſa *l. 2. C. de ædific. priuat.*

Qu. 18. *An qui credidit ad refectionem ædium habeat tacitam hypothecam in iſtis ædibus.*

Et hoc quidem Iacobus Cuiacius admittit in eo, qui ad ædificii collapſi reſtitutionem ac reſtaurationē cred'dit; De eo autem, qui ad refectionem dūtaxat ædium ruinoſarum mutuum dedit, id negat ac pernegat: Mouetur autem Cuiac. hac ratione quod hoc priuilegium tacitæ hypothecæ nemini competat, niſi cui lege datur; legale ſiquidem hoc tacitum pignus eſſe atque lege conſtitui, ſupra fuit oſtenſum, & extra controuerſiam eſt poſitum: Nulla autem lege reperitur conſtitutum vt in cauſam refectionis ædium pecuniam credens, tacitam debeat habere hypothecam in iſtis ædibus: Tacitum proinde pignus ei tribui non debet. Et ſane allegata *l. 1. ff. in quibus cauſ pign. tacit. contrahitur.* non loquitur de refectione ædium ruinam minitantium, ſed de reſtitutione ædium iam collapſarū; extra terminos proinde ſuos porrigi & extendi non debet; maxime cum hic, ipſo Authore Noſtro fatente, de iure ſingulari & exorbitante ſit quæſtio & ſermo, quod ad conſequentiam trahi nō debet.

Et quanquam prætendatur rationem ſupra allegatam, & in bono ac decore publico fundatam, æq; locum ſibi vendicare in mutuante ad refectionem, atque in mutuante ad reſtitutionem ędium; ſciendum tamē eſt quod ius ſingulare & exorbitans ne quidem ex paritate rationis ad conſequentiam produci debeat *l. 14. ff. de legib. l. quod contra ff. de Reg. iur. §. ſed & quod principi. I. de iure Nat. gent. & ciuil.* Quin etiā diuerſam eſſe quoad præſens negotium, reſtitutionis & refections rationē, contēdit Cuiacius, quia plus multò ſit reſtituere, quam ſaltē reficere; & ideo maior debeat eſſe fauor ad reſtitutionem, quam ad refectionem ędium pecuniam credentis, ac proinde priuilegium illi tributum non debeat huic applicari. Et huic Cuiacii ſententiæ haut inuitus ſubſcribo, eidemque inhærebo, vſq; dum textus expreſſus productus fuerit, quo ad refectionem credenti, tacita tribuatur in ædib. hypotheca: priuilegia quippe non nudis rationib.

in incuntur, ſed expreſſis Imperatorum ſanctionibus tribuuntur *d. §. ſed & quod principi. I. de iure Nat. Gent. & ciuil. l. 1. ff. de conſtit. principum.*

Qu. 19. *An creditus ad refectionem nauis tacitam hypothecam habeat?* Illud præterea quæſtionis eſt anne is, qui ad refectionem nauis vel alterius rei pecuniam credidit, habeat in re & naui iſta tacitam hypothecam? Plerique, Accurſium ſecuti, hoc affirmant, ſequentib. rationibus adducti: 1. In *l. 5. ff. qui pot. in pign.* Vlpia. ICtus in hæc verba ſcribit: *Poſterior potior eſt priori, vtputa, ſi in rem iſtam conſeruandam impenſum eſt, quod ſequens credidit, veluti ſi nauis fuerit obligata & ad armandam eam rem vel reficiendã ego credidero.*

Cuius rationem ſubiicit Vlpian. in *ſeq. l. 6. Huius*, inquiens, *pecunia saluã fecit totius pignoris cauſam quod poterit aliquis admittere etiamſi in cibaria nautarũ fuerit creditum, ſine quibus nauis ſalua peruenire non poterat.*

2. Adſtipulari huic videtur Paulus in *l. 26. ff. de reb. auctor. iud. poſſid.* vbi ait; *Qui in nauem inſtruendam vel extruendam credidit, vel etiam emendam priuilegium habet.*

3. Subſcribit his & Marcellus in *l. 34. eod. tit.* in hęc verba ſcribens: *Quod quis nauis fabricandæ, vel emendæ, vel armãdæ, vel inſtruendæ cauſa vel quoquo modo crediderit, vel ob nauim venditam petat, habet priuilegium poſt fiſcum.*

4. Id quod amplius confirmat Iuſtin. in *Nouel. 97. §. 1.* quando ita ſcribit: *His conſequens eſt & illud decernere, quod in caſib. eiusmodi dubitatum eſt: Nouimus antiquioribus creditoribus aliquas hypothecas præponere Iuniores ex ſſctis, & priuilegiis à legib. datis quale eſt quãdo aliquis propriis pecuniis procurauerit nauim cõparare aut fabricare, aut reparare, aut domũ forſan ædificare aut ẽt emi agrũ, aut aliquid horum: In his enim priores exiſtunt poſteriores creditores quorũ pecunia empta aut renouata res eſt iis, qui ẽt multo antiquiores ſunt.* Hinc colligi putant, quod is, qui ad nauim vel quaſcunq; res alias reficiendas, reſtituendas, aut conficiẽdas pecuniã credidit, tacitam habeat in reb. iſtis hypothecam, non minus atq; ille, qui ad domum extruendam pecuniam credidit.

5. His fundamentis accedit etiam ratio iuris manifeſta: Etenim duplex ratio, ob quam in domo tacita hypotheca illi, qui pecuniam credidit ad extructionem eius, conſtituitur, adduci poteſt: vna eſt ꝙ creditoris pecuniã domus ſalua ſit debitori *l. 6. ff. qui pot. in pign.* Quę ratio generalis eſt, nec ſolũ in domo, ſed quibuſcunq; etiam in rebus locum habere poteſt. Altera ratio hæc eſt, quod vtilitas publica ſuadeat domos collapſas reſtitui, ruinoſas refici, ne alias ruinis ædiũ ciuitatis aſpectus deformetur: Atqui nauim quoq; refici, æque intereſt Reip. ne cõmercia & negotiationes Reip. non modo vtilia, ſed ſummopere etiã neceſſaria, impediantur.

Cæterum his fundamentis nõ moueor, quo minus cũ Hugone Donello Franciſco, Connano, Petro Vanderano, Franciſco Hotom. & noſtro Treutlero in cõtrariam diſcedã ſententiam atq; ſtatuam, eũ, qui ad nauim, vel alias res reficiendas, aut etiam reſtituendas & extruendas credidit, tacitam hypothecam in iſtis rebus ſibi vendicare non poſſe; id quod ſequentib. fundamẽtis ſtabilitur & confirmatur.

1. Fiſco præferuntur omnes creditores hypothecarij, expreſſam vel tacitam anteriorem hypothecam habentes: atqui is, qui ad reſtitutionem aut refectionem nauis credidit, non præfertur fiſco *l. 34. ff. de reb. auct. iud. poſſid.*

2. Qui in rem emendam credidit, cõfertur cum illis, qui ad inſtructionem & refectionem rei crediderunt, iiſdemque exæquatur in *l. 26. ff. eod. tit. de reb. auct. iud. poſſid.* At verò hi non habent tacitam hypothecam *l. 17. C. de pign.* Igitur nec tacita hypotheca tribui poteſt ad reparationẽ, & extructionem nauis aliarumq; rerum pecuniam credentibus.

3. His accedit, quod, ſi omnes, qui in quaſcũq; res reficiendas crediderũt, tacitã haberent hypothecã, non fuiſſet SCtũ nomi-

Digitized by Google

nominatim & ſpecialiter de illis conceptũ, qui ad ędium extructionem crediderunt in *l.1.ff. in quib. cauſ. tac. pign. contr.* ſed in genere tacita hypotheca tributa fuiſſet quibusuis ad res quaſuis parandas & extruendas mutuam pecuniam dantibus.

4. Priuilegia inſuper, prout in reſolutione quęſtionis dictũ fuit, non inducuntur per iuris rationẽ, ſed Imperatorum ac Principum conſtitutionib. tribuuntur §. *ſed & quod principi. I. de Nat. Gent. & ciuil.* Atqui nullus poteſt produci textus, nulla principis conſtitutio, qua huiuſmodi priuilegiũ tacitæ hypothecæ tribuatur his, qui ad refectionem & extructionẽ nauis crediderunt. Quod enim ad textus, ſupra pro hac ſentẽtia allegatos, attinet, nõ loquuntur illi de tacita hypotheca, ſed de priuilegio prælationis, quod ab illa diuerſiſſimum eſſe, quiuis facile agnoſcit.

5. Poſtremo cum illi, qui ad domũ reficiendam pecuniã mutuã dedit, non cõpetat in iſta domo tacita hypotheca, multo minus illis tribuenda erit, qui ad nauis alterius alicuius rei refectionẽ credidit.

Nec ad rem quicquam faciunt ea, quę pro priori & communi ſententia fuerunt adducta. Nam in allegatione *l. 5. ff. qui potior. in pign.* vt & *l.26. & 34. ff. de reb. auct. iud. poſſid. Nouella. 97. c. 3.* committitur fallacia plurium quæſtionum: non enim hoc volunt, quod qui ad nauis vel alterius alicuius refectionem crediderunt, habeant tacitam hypothecam, ſed quod habeãt priuilegium prælationis, cuius beneficio anterioribus creditorib. anteferãtur, quando expreſſa conuentione hypothecam ſibi conſtitutam habent.

Et huc etiam pertinet ratio in *d. l. 6.* allegata, quæ non eo ſpectat quod tacitam hypothecam habere debeant ad rei extructionem aut refectionem credentes, ſed quod, ſi expreſſam habuerunt hypothecam, cęteris, anteriorem hypothecam habentibus, ſint præferendi.

Quod autem ad alteram rationẽ, poſteriori loco allegatam attinet, hoc ſciendum & in memoriã reuocandũ eſt, quod paulo ante monuimus, ſingulare (quale eſt illud, quo tacita hypotheca conſtituitur in domo illi, qui ad extructionem domus credidit) ne quidẽ ex rationis paritate, ſiue identitate ad conſequentiam produci *l.1. ff. de conſtit. princip. l.14. ff. de legibus & l. quod contra. ff. de reg. iur.*

Tacita porro hypotheca à lege tribuitur vxori in bonis mariti pro reſtitutione dotis in *l. vnic. C. de rei vxor act.* In cuius §. 1. Iuſtinian. ita ſcribit: *Et vt plenius dotib. ſubueniatur, quemadmodum in adminiſtratione pupillarium rerum & in aliis multis iuris articulis tacitas hypothecas ineſſe accipimus: ita & in huiuſmodi actione damus ex vtroq; latere hypothecam, ſiue ex parte mariti pro reſtitutione dotis, ſiue ex parte mulieris pro ipſa dote præſtãda, vel rebus dotalib. euictis.* Et quod tacitã dederit mulierib. pro dotis reſtitutione hypothecã, expreſſe profitetur in §. *fuerat. I. de action.* Cęterum de hac hypotheca mulieris tacita, infra oportuniori loco tractabimus in *diſput. 24. theſi 7. lit. B. & C.* Lit. F.

Fauor prætere a pupillorum & minorũ viginti quinq; annis meretur vt in bonis ſuorũ tutorum & curatorum pro adminiſtratione officii, quo res pupillorũ & minorum ſaluæ ſint tacitam habeant hypothecam, quæ etiam lege antiqua illis tributa eſt in *l. final. ff. in quib. cauſ. pign. vel hypoth. tacite contra.* Lege verò noua itidẽ confirmata eſt, conſtitutione Imperatoris Conſtãtini in *l. 20. C. de admin. tutor.* vbi ita ſcribit: *Pro officio adminiſtrationis tutoris vel curatoris bona, ſi debitores exiſtant, tanquã pignoris titulo obligata, minores ſibimet vindicare minime prohibentur:* Idem eſt & ſi tutor vel curator quis conſtitutus, res minorum non adminiſtrauerit. Lit. G.

Filio quoque familias ratione bonorum aduẽtitiorum, quorum adminiſtrator eſt pater, tacitum pignus conſtituitur in bonis patris, quo filius de proprietate bonorum ſuorum aduentitiorum eò ſit Lit. H.

Digitized by Google

eò ſit ſecurior. Quod Iuſtinianus primum in *l.1.§.4.C.de ſecundis nuptiis.* in ſpecie de bonis filiifam. maternis, quorum vſusfructus ad patrem pertinet, ſanciuit: poſt verò in genere atque apertius in *l.final.D.de bonis quæ lib.* conſtituit, vt pro vſufructu quorumuis bonorum aduentitiorum patris ſui bona tacitè pignori habeat obligata.

*Lit.I.*

Pupillo in bonis ſecundi mariti matris ſuæ, hoc eſt, vitrici ſui, conſimiliter hypotheca conſtituitur, ſi mater tutelam illius pupilli, filii ſui ſuſceperit, nec alium tutorē petierit, nec tutelā reſtituerit. Nec ſolū in bonis vitrici, ſed in bonis etiam matris tacitam hypothecam habet filius. Hoc cautū eſt in *l. penult. C. In quibus cauſis tac. pign. contrah. Si*, inquiunt Impp. *mater legitimè liberorum tutelâ ſuſceptâ ad ſecundas contra ſacramentum præſtitum adſpirauerit nuptias antequam eis tutorem alium fecerit ordinari eisque quod debetur ex ratione tutelæ geſtæ perſoluerit; Mariti quoque eius præterita tutelæ ratiociniis bona iure pignoris tenebuntur obnoxia.*

Idque ipſum Iuſtinianus in *Novella* 22. *c.*40. denuò ſancivit, atque repetiit in *Novella* 94.*c.*2. Veruntamen omnes hi textus in eo caſu loquuntur, quo mulier iurauerat nolle ſe ad ſecunda vota tranſire; Extra iſtum igitur caſum procul dubio prædicta locum non ſortientur.

*Lit K.* Qu. 20. *An ciuitas in bonis ſuorum adminiſtratorum habeat tacitam hypothecam.*

Ciuitatibus in bonis adminiſtratorum ſuorum itidem tacita tribuitur hypotheca communi DD. ſententiâ: veruntamen, vtrum hæc opinio ſit in iure fundata & recipienda, non immeritò quis dubitaret: verſamur quippe hîc in materia planè ſingulari & exorbitante, dum agimus de hypotheca tacita, quæ ex priuilegio certis duntaxat perſonis tribuitur, priuilegia autem neque per coniecturam, neq; per rationes ſiue illationes inducuntur, ſed expreſſam, qua tribuantur, legem deſiderant. Nec Autoris noſtri ſententiam iuuat textus in *l. fin. Cod. quo quisque ordine.* Non enim quicquam habet de tacitæ hypothecæ priuilegio: & de Republ. quæ à ciuitate omnino diuerſa eſt, diſertè loquitur; vt proinde ad propoſitum perperam & impertinenter allegetur.

*Lit.K.*

Legatarius quoque hoc gaudet beneficio, quod, pro conſequendo legato, in bonis teſtatoris tacitam habet hypothecam Iuliani lege conſtitutā *l.1. C.comm.legator.* Vbi Iuſtinianus Imperator ita ſcribit: *cum enim iam hoc iure noſtro increbuit, licere teſtatori hypothecam rerum ſuarum in teſtamento, in quibus voluerit, dare & iterum nouellæ conſtitutiones in multis caſibus & tacitas hypothecas introduxerunt: non ab re eſt etiam nos in præſenti caſu hypothecariam donare actionem, quæ etiam nullo verbo præcedente, poſſit ab ipſa lege induci: Si enim teſtator ideo legata vel fideicommiſſa dereliquit, vt omnimodo perſonæ ab eo honoratæ ea percipiant; apparet ex eius voluntate etiam præfatas actiones contra res teſtatoris eſſe inſtituendas, vt omnibus modis voluntate eius ſatisfiat.*

*Lit.M.* Qu. 21. *An tacitam hypothecam fiſcus habeat in bonis debitorum ex cauſa tributi?*

Conſimiliter ius tacitæ hypothecæ tribuitur Fiſco in bonis debitorum ex cauſa tributi. Sciendum enim eſt, vetus Romanorum inſtitutum fuiſſe, vt ciues ſingulis luſtris ſua bona vniuerſa apud cenſitores profiterentur (cuius cenſualis profeſſionis forma extat in *l. cenſuali ff. de cenſibus*) vt pro eorum modo tributa penderent *l.*21.*§.vlt.ff.de ann.legat.* pro hiſce tributis bona ciuium fiſco erant tacito pignore obſtricta, ita vt ſi cenſitus ſuum aliquod prædium alienaſſet, pro quo tributum non ſoluerat, exactores eius poſſeſſionem ſibi quaſi pignorati vindicarent. Hoc ſancitum eſt in *l.1.C.in quib. cauſis.* vbi ita ab Antonino Imperatore reſcriptum eſt: *vniuerſa bona eorum, qui cenſentur, vice pignorum tributis obligata ſunt:* Idemque Antoninus *in l.1.C.ſi propter publ. penſitationes.* repetit.

Neque quicquam huic refragatur quòd tributorum obligatio non perſonam

nam

Digitized by Google

nam ſed fundum ſequatur *l. Imperatores. 7. Digeſt. de publican. l. 42. Digeſt. de pact.* Fiſcus autem tacitam ex conſtitutionibus in eorum bonis hypothecam habeat, qui cum ipſo contraxerunt *l. 2. Cod. In quib. cauſ. pign.* Ex qua ratione Hotomanno dicendum videtur, hoc ius tacitæ hypothecæ non Imperatorum conſtitutionibus, ſed ex interpretatione introductum fuiſſe. Veruntamen parum hæc ratio ſtringit: Concedimus equidem pignori obligari tacite Fiſco bona illorum, cum quibus contraxit *dict. l. 2.* ſed non tantum in hiſce bonis tacitum pignus quæritur Fiſco, ſed etiam in bonis cenſitorum pro cauſa tributi, vt ex prædictis patet.

Quamuis autem non deſint, qui præter ius tacitæ hypothecæ Fiſco in bonis cenſitorum ius etiam prælationis tribuant, vt nempe Fiſcus in illis bonis anteferatur omnibus aliis creditorib. etiam anteriorem hypothecam habentibus; iſta tamen opinio nullum penitus in iure fundamentum habet, nec vlla occurrit lex vel principis conſtitutio, in qua priuilegium prælationis Fiſco, in propoſito caſu, tribuatur. Quin etiam hæc ipſa ſententia non parum labefactatur conſtitutione Antonini Imperatoris *in d. l. 1. Codic. ſi propter publicas penſitationes.* vbi Fiſco ita demum ius prælationis conceditur ſi habeat priorem hypothecam: verba Imperatoris hæc ſunt: *Prior eſt enim cauſa tributorum, quibus priore loco omnia bona ceſſantis obligata ſunt.* vide Iohann. Sichardum *ad d. l. 1. Cod. in quib. cauſ. pign. tac.*

*Ex.N.* / Qu. 22. / *An in bonis debitorũ qui cum fiſco contraxerunt, ipſi*

Inducitur præterea tacita hypotheca in bonis debitorum, qui cum Fiſco contraxerunt vel cum Republic. expreſſe hoc conſtitutum eſt *l. 2. C. in quib. cauſ. pign. vel hypothec.* Ibi Imperator Antoninus: *Certum eſt*, ait, *eius, qui cum fiſco contrahit, bona veluti pignoris iure obligari, quamuis ſpecialiter id non exprimatur.* Et hoc fortaſſis eſt quod Hermogenianus in *l. 46. §. 3. ff. de iure fiſci.* ſcribit, *Fiſcum ſemper habere ius pignoris.* Quod, etſi Sichardus ad eum tantum caſum reſtringere conetur, quo ex cauſa publica contrahitur, vt ſi quis à principe conducat vectigalia: reſtrictionis tamen huius nullum apparet ſolidum fundamentum, & ideo ad quoſcunque contractus Fiſci ſuperius tacitę hypothecę priuilegium referri oportere exiſtimo.

*tacita ſo- / petat hy- / potheca?*

In eo quoq; aſſentiri non poſſum Sichardo, quod præter tacitam hypothecam ius etiam prælationis fiſco concedit, ſic vt præferatur aliis creditoribus, anteriores tacitas hypothecas habentibus; quod ipſum quoque in iure fundatum non eſt. Chirographariis ſane fiſcum præferri, ex iure communi, quo hypothecarii Chirographariis præferuntur, dubium nullum eſt.

Qu. 23. / *Vtrũ ius fiſci habeant principes & ciuitates ſuperiorem recognoſcentes Imperatorem.*

Hoc porrò ius fiſci competit Imperatori omnibuſque qui ſuperiorem non recognoſcunt; idque extra omnem dubitationis aleam poſitum eſt. Sed vtrum ius fiſci competat principibus & ciuitatibus, Imperio Romano immediate ſubiectis, quæſtio magna eſt? Et quidem quod ſtatibus ſacri Romani Imperij ius Fiſci non competat videbatur initio ſtatuendum; idque ex hiſce fundamentis.

1. Iure Iuſtinianeo nemini tribuitur fiſcus niſi ſoli Imperatori & Imperio Romano, prout ex *toto tit. ff. de iure fiſci* plus quam manifeſtum eſt. Hoc autem ius hodie non eſt mutatum: Nec enim vlla extat Imperii conſtitutio, qua ius fiſci aliis, quam Imperatori & imperio Romano ſubiectis tribuatur. Quod autem ius mutatum non eſt, cur ſtare prohibeatur, ait Imperator in *l. præcipimus C. de appellat.*

2. Illis demum ius fiſci competit, qui ſuperiorem non recognoſcunt: iam



Digitized by Google

verò Principes, ciuitates aliiq; ſtatus Imperii ſuperiorem recognoſcunt, Imperatorem videlicet atque Imperium: igitur his ius fiſci non videtur competere.

Pro contraria ſententia, quæ communi Doctorum calculo approbata eſt, hæc facit ratio, quod ſtatus Imperii ſuperioritate vtantur *Peregrin. de iure fiſci lib. 1. cap. 2. n. 44.* Et tantum poſſint in ſuo ſtatu, quãtum Imperator in ſuo Imperio Bartoldus in *L. 1. §. de qua re. ff. de poſtulando.* Sicut igitur Imperator iura fiſci habet eaque exercet in imperio; ita quoque quilibet ſtatus in ſuæ ditionis homines iura fiſcalia vſurpat.

2 Accedit huic & iſta ratio, quod ſtatus Imperij Romani à longiſſimo atque immemoriali tempore hactenus iura fiſcalia exercuerint, & ita ex immemoriali præſcriptione, tanquam ex priuilegio *l. 3. §. 4. ff. de aqua quotid. & æſtiu.* iura fiſci obtinuerint.

Non refragantur aſſertioni huic argumenta in contrarium adducta. Ad *primum* enim reſpondetur, iure Iuſtinianeo, vtpote cuius tempore huiuſmodi ſtatus Imperii prorſus fuit incognitus, ſummam rerum omnem, ſolam & totam penes ſolum Imperatorem fuiſſe: verum mutato poſtmodum Imperij ſtatu, illis quoque, qui Imperii ſtatus vocantur, fiſcum & huic cohærentia iura & priuilegia competere cœpiſſe, vel ex conceſſione Imperatoris, vel præſcriptione immemoriali, vt opinatur Dauth. in *tractat. de teſtam.* vel moribus & conſuetudine, vt ſtatuit Weſenbecius. Ad demonſtrandum igitur quod iura fiſcalia competant Imperii principibus, ciuitatibus cæteriſque ſtatibus, non opus eſt vllam Imperii conſtitutionem produci.

*Ad ſecundum argumentum* reſpondeo 1. Maiorem eius propoſitionem veram eſſe de illis ſuperiorem recognoſcentibus qui ſimpliciter ipſum abſolute, ſine vlla conditione recognoſcunt, & pro priuatis habentur, ac conſequenter iure etiam priuatorum vtantur: ſtatus autem Imperii, etſi Imperatorem pro ſuperiore recognoſcant, non tamen abſolute & ſine vlla conditione, cum illis intra ſuam ditionem tanta tribuenda videatur poteſtas, quãtam Imperator obtinet in Imperio; hinc etiam non pro priuatis habentur, nec iure priuatorum vtuntur, ſed regalia ſua obtinent. Obſeruandum præterea eſt, quod ſtatus Imperii Romani fiſcum & iura fiſcalia non iure ſuo proprio, ſed iure conceſſionis, expreſſe vel tacite ab Imperatore ipſis factæ, obtineant: atque hæc etiam differentia inter fiſcum Imperatoris & fiſcum ſtatuum Imperii conſtituitur, quod Imperator fiſcum habet iure ſuo proprio, non ex conceſſione alicuius: ſecus vero ſtatus Imperii, vt modo fuit dictum. Quocirca maior propoſitio propoſiti argumenti, quod iura fiſcalia non competant illis, qui ſuperiorem recognoſcunt, ad ea iura fiſcalia reſtringi debet, quæ iure proprio; non alterius beneficio competunt.

Et hæc ſententia, quod ſinguli Imperii ſtatus obtineant Fiſcum & fiſci iura, ſiue priuilegia à pleriſque eſt approbata & recepta. De hoc vero maior eſt dubitatio, vtrumne ciuitates ſuperiorem recognoſcentes, & Imperio Romano ſubiectæ iura regalia & fiſcalia obtineant? *Qu. 24. An ciuitates & principes ſuperiorē recognoſcentes habeant iura regalia?*

Affirmant hoc Neguzantius *part. 2. membr. 4. n. 114* Fachs. *different. 34. Iuris ciuilis & Saxonici.* ſi ſcilicet merum habuerint & mixtum Imperium.

Sed hæc ſententia ſemper ſuſpecta mihi viſa eſt, propterea quod fiſcus ad ius publicum ſpectet *Nou. 17. c. 1.* & ideo priuatis atque illis, qui priuatorum iure vtuntur, non competat: iam vero ciuitates, mediate Imperio ſubiectæ vtuntur

Digitized by Google

rur iure priuatorum & pro priuatis habentur *l. Eum, qui vectigal. de verb. ſignif. l. ſimile. ff. ad Municipal.* ius proinde fiſci ſibi arrogare nequeunt.

2. Accedit his etiam textus in *l. 1. Codic. de bonis vacantibus.* ex quo liquido apparet quod ius fiſci ciuitatibus non competat: nam ita illic Diocletianus & Maxim. Impp. reſcribunt: *Scire debet grauitas tua, inteſtatorum res qui ſine legitimo herede deceſſerint, fiſci noſtri rationibus vindicandas; nec ciuitates audiendas, quæ ſibi earum vindicandarum ius, veluti ex permiſſu vindicare nituntur: Et deinceps quæcunque inteſtatorum bona ciuitatibus obtentu priuilegiorum ſuorum occupata eſſe compereris, ad officium noſtrum eadem reuocare non dubites.*

Nec ad rem facit quod hodie pleræque ciuitates ac Nobiles qui Romano Imperio mediate ſubiiciuntur merum & mixtum Imperium obtineant. Ex hoc enim non ſequitur quod iura etiam fiſcalia & regalia habeant: *Tum* quia hæc iura ex mero aut mixto Imperio non dependeant, ſed ſint ab vtroque Imperio diuerſiſſima, nec quicquam cum eo habeant commune: *Tum* quia & olim, Iuſtiniani Imperatoris temporibus, etſi pleriſque Romanis magiſtratibus mixtum & merum Imperium competeret, non tamen illis iura regalia aut fiſcalia ttibuta fuerunt. Hinc in nonnullis locis Nobiles, qui immediate Romano Imperio ſubiecti non ſunt & tamen ius habent iudicii criminalis exercendi, ſi ex officio delinquentem iudicio criminali perſequantur, accuſator, quem mittunt, non dicitur Fiſcalis, ſed peinlicher Anwaldt / vel peinlicher Anklåger / vel peinlicher Ampteanklåger tametſi interdum appellatio fiſcalis vſurpetur. Vult. ad *d. l. 1. Codic. vbi cauſa fiſcal. numer. 17.* Iure equidem Saxonum, ciuitates, merum & mixtum imperium habentes, ius confiſcandi ſibi vſurpare notat Fachs. loco ſupra citato. Excipiendæ etiam hoc loco ſunt illæ ciuitates, quæ ex ſpeciali conceſſione Imperatoris ius fiſci obtinent.

Poſtremo tacita hypotheca competit venditori in re vendita nec tradita emptori *l. 13. §. offerri. ff. de act. empt.* vbi Vlpianus ita ſcribit: *Offerri pretium ab emptore debet, cum ex empto agitur, & ideo etſi pretij partem offerat, nondum eſt ex empto actio: venditor enim quaſi dignus retinere poteſt eam rem, quam vendit.* Et Scæuola in *l. 22. Digeſt. de heredit. vel act. vendit. Hereditatis venditæ pro parte accepit; reliquum emptore non ſoluente, quæſitum eſt, an corpora hæreditaria pignoris nomine teneantur? Reſpondi, nihil proponi cur non teneantur.* Et in *l. 31. § 8. Digeſt. de ædilit. edict.* ita Vlpianus ſcribit: *idem Marcellus ait, non poſſe alterum ex dominis conſequi actione ex empto vt ſibi pro parte venditor tradat, ſi pro portione precium dabit. Et hoc in emptoribus ſeruari oportere ait: nam venditor pignoris loco, quod vendidit, retinet, quoad emptor ſatisfaciat.* Lit. a. Habet igitur venditor bona vendita ſibi pro pretio pignori obligata, etiamſi nihil de eo inter emptorem & venditorem conuenerit. Hoc autem tunc demum procedit, quando, vt dixi, res vendita emptori nondum eſt tradita, nec ipſi à venditore fides de precio habita: Alioquin, ſi traditio rei venditæ facta, aut de precio fides emptori habita fuerit, non poteſt venditor vllum hypothecæ ius in ea ſibi vendicare. Hoc vero colligitur haud obſcure ex textibus ſupra adductis, in quibus venditori tacita hypotheca tribuitur: in illis enim conceditur venditori rem venditam pignoris iure retinere: proinde ad hunc ſolum effectum atque finem vẽditori à lege conceditur hypotheca tacita, vt rem venditam retinere valeat; vltra quem effectum extenſio huius iuris ſingularis atque priuilegii fieri non debet; cum iura exorbitantia & ſingularia ſtri-



Digitized by Google

ctiſſimam habeant interpretationem *leg. 14. ff de legib. l. quod contra ff. de Reg. Iur.* Nec ſanè vllus textus produci poteſt, quo venditori in re vendita & tradita vllum pignus tribuatur.

Conſultum proinde erit venditori vt ſibi aperta conuentione de hypothecâ proſpiciat, quo de precio recipiendo ſecurior ſit, quæ cautela eſt Cæpollæ hîc ab Authore noſtro allegata.

*Bit. P.* Ex his igitur cauſis pignus tacitè contrahitur, præter quas tamen aliæ non reperiuntur in legibus expreſſæ. Quanquã dubium non ſit quin ſtatuto aut iure municipali ex aliis cauſis tacitum pignus induci queat.

*Qu. 25. An mulier in bonis curatoris, quẽ in contrahendis negotiis habere debet, de iure Saxonico, tacitam habeat hypothecam.?*

Hinc, cum iure Saxonico mulier quoad hoc minori viginti quinque annis æquiparetur, quod tam in litibus, quàm in contractibus, validè ineundis iudicis authoritatem & conſenſum adhibere debeat, vt diſertè cautum eſt *conſtit. elector. Saxon. part. 2. conſtit. 15. & 25.* Quæſtio ſuboritur anne eodem iure mulieri in bonis huius ſui curatoris tacita competat hypotheca, quemadmodum minori in bonis ſui curatoris tacitam hypothecam tribui ſupra dictum eſt? Et videbatur hoc affirmandum propterea quòd par eademque ſit ratio, quoad propoſitum, mulieris & minoris 25 annis. Verùm, hac ratione nõ obſtante, contrarium tenendum eſt: *Tum* quia certi caſus ſunt in legibus expreſſi & determinati, quibus tacita hypotheca contrahitur, inter quos hic noſter non reperitur in iure communi vel etiam Saxonico expreſſus: *Tum* quia hypotheca tacita iure ſinguiari nititur & ex priuilegio ſuſtinetur; ad quod inducendum & probandum expreſſa lege & principis conſtitutione opus eſt.

Nec mouet argumentum contrarium ſupra adductum: nam primò diuerſa hic ratio minoris & mulieris: Ratio enim potiſsima, ob quam bona tutorum & curatorum lex tacitè pupillis & minoribus obligata eſſe vult, hæc eſt, quòd omnis adminiſtratio bonorum quorumcunque ad minores ſeu pupillos pertinentium, illis, & quidem cum plena & libera poteſtate, tanquam dominis committitur: At hæc ratio ceſſat in curatoribus mulierum, quos habere coguntur iure Saxonico, quia etiamſi conſilio & authoritate curatorum vtantur mulieres vbi libet & opus eſt, bonorum tamen ſuorum adminiſtrationem ipſæmet ſibi retinent & ne minimam quidem eius partem curatoribus ſuis, niſi fortè interdum tanquam famulis, committunt. Meritò itaque quæ de bonis tutorum & curatorum tanquam pignoris titulo pupillis & minoribus pro officio adminiſtrationis obligatis, conſtituta ſunt, ad hunc noſtrum caſum non extenduntur, præſertim cum conſtitutio de illis verbum nullum habeat. Potuiſſet enim Elector, ſi voluiſſet, etiam in hoc caſu, tacitam hypothecam conſtituere. *Moll. 2. Semeſtr. 3.* Exemplum taciti pignoris iure conſuetudinario, ſiue ſtatutario inducti, conſtituit autor noſter in Areſto Saxonico, quo bona rei conuenti taciti pignoris nexu obſtringuntur, cuius ratione Areſtator præfertur omnibus creditoribus, poſteriorem hypothecam habentibus; de quo Areſto ita Elector Saxoniæ in Nouella *conſtit. part. 1. capit. 29.* Wir befinden das mit dem kommern vñ Areſtiren viel miſsbrauch / vnrichtigkeit vnd vngelegenheit in den Gerichten biſs anhero vorgefallen / derowegen ordnen / ſetzen vnd wöllen wir / daſs ein jeder / ſo ſich der kommer gerechtigkeit brauchen wil / ſchuldig ſeyn ſol / alsbald wann jhme der erſte kommer verſtattet / demſelbigen von viertzehen tagen / zu viertzehen tagen / gebührliche folge zuthun / vnd zugleich mit dem letzten kommer / die Klage mit auſsdrücklicher angebung vnd ſpecification ſeiner ſchulden der geſtalt einzubringen / das man daraus eigentlich zu finden habe / wie er dieſelbige zu verweiſen vermeynet /

Digitized by Google

net/dabey er dann auch citation vnd ladunge an den Schuldener ſuchen/vñ bitten ſoll/alsdañ mit fernerm kommer zuverfahren / nicht ſchuldig ſeyn. Vnnd wo dieſe form von einem Areſtanten vberſchritten/ſo ſol der geſuchte kommer nichtig ſein / vngeachtet / ob gleich der Areſtant von vierzehen tagen/zu vierzehen tagen/mehr denn drey mal denſelbigẽ vernewert hette. Begebe es ſich auch/ das einer einen kommer erlanget / vnnd ein ander folgte deme nach/vnnd brechte alſo bald mit dem erſten kommer ſeine Klage ein / ſo ſol doch der letzte hierdurch vor dem erſten/wofern derſelbige auff den dritten kommertag ſeine Klage / wie obſtehet / vbergibt vnnd citation außbringet / hiedurch keinen vortheil erlanget haben. Wir verbieten auch hiemit alle heimliche kommer / vnnd wollen/ das dieſelbige hinfüro in den Gerichten vnſerer Lande nicht verſtattet werden/ vnnd do ſolches gleich beſchehe / ſo ſollen ſie doch an ſich ſelbſt nichtig vnnd vnkräfftig ſeyn.

## *Resolutio Thesis Quinta.*

Qu. 26. *An res aliena poſſit oppignorari?* Oppignorari poſſunt res debitoris propriæ quarumque dominium obtinet: Res verò alienæ oppignorari nequeũt;Id quod Impp.Dioclet.& Maxim. in *l.6.Codic.quæ res pignori obligari poſſunt.* disertè profitentur in hæc verba ſcribentes: *Manifeſtum eſt obligationem pignoris non conſiſtere niſi in his quæ quis de bonis ſuis facit obnoxia.* Idemque relucet ex *tot.tit.Cod.ſi aliena res pignori data ſit*,præſertim verò ex eius tituli *lege 2. vbi* Severus & Antoninus ita reſcribunt: *Si probaveris præſidi prædia vel hortos, de quibus agebatur, tuos eſſe, intelligis obligari eos creditori ab alio non potuiſſe, ſi non ſciens hoc agi, in fraudem creditoris ignorantis diſſimulaſti.* Hoc idem porrò confirmat *l. 6. eod. tit.* cuius hæc ſunt verba: *qui prædium in filios à ſe titulo donationis translatum, creditori ſuo dat pignori; ſe potius contrario pigneratitio obligat iudicio, quam quicquam dominis noceat: cum Serviana etiam actio declaret evidenter, iure pignoris teneri non poſſe, niſi quæ obligantis in bonis fuerint: Et per alium rem alienam, invito domino pignori obligari non poſſe certiſſimum eſt.* Quin & Iuſtinianus in *l.vlt. C. de rebus alienis non alienand.* idipſum confirmat: *Sancimus ſive lex alienationem inhibuerit, ſive teſtator hoc fecerit, ſive pactio contrahentium hoc admiſerit, non ſolum dominii alienationem vel mancipiorum manumiſſionem eſſe prohibendam, ſed etiam vſusfructus donationem, vel hypothecam vel pignoris nexum penitus prohiberi.* Iamverò certum & expeditum eſt quòd aliena res alienari non poſſit *l. Nemo ff. de Reg. Iur. & l.11.eod.tit.* Res proinde aliena non poterit hypothecari. His argumentis effici videtur in aliena re pignus non conſiſtere.

Sed huic concluſioni non parum refragatur regula iuris à Caio ICto propoſita in *l. 9. in fine. Digeſt. de pignoribus* quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere poteſt: iam verò certi & expediti iuris eſt, rem alienam emptionem & venditionem recipere, quod Vlpianus his verbis confirmat: *Rem alienam diſtrahere quem poſſe nulla dubitatio eſt l. Rem alienam ff. de contrahend.empt.* conſequens itaque huic videtur, quod res aliena pignorari poſſit.

2. Hoc idem confirmare videtur Paulus in *l.ſi ab eo ff. de pignoribus* dum ita ſcribit: *ſi ab eo, qui publicianâ vti potuit, quia dominium non habuit, pignori accepi, ſic tuetur me per Servianam prætor quemadmodum debitorem per Publicianam.*

Quod ſi ergo prætor creditorem tuetur, qui rem alienam pignori accepit, ab eo ſcilicet qui dominium non habet; ſequitur rem alienam iure pignori eſſe datam.

3. Inſuper quod res aliena pignori dari poſſit, non diſſimulat Paulus in *lege* 16.§.1.*Digeſt.pign.act,contrarium*, inquiens, *Pignoratitiam creditori actionem competere certum eſt; proinde ſi rem alienam vel alii pignoratam vel in publicum obligatam dedit, tenebitur*: cui conſentit Marcianus in *lege* 32.*Digeſt.eod.* quo in loco ait; *Cum debitore, qui alienam rem pignori dedit, poteſt creditor contrariâ pignoratitia agere, etſi ſoluendo debitor non ſit.* Quod ſi itaque pignoratitia competit de re aliena pignori data, ſequitur pignus in re aliena conſtitiſſe: hæc quippe actio non datur niſi pignus validum extiterit.

4. His adde quod Caius ſcribit in *l. ſi poſt.ff.de R.vind.* vbi ait: *ſi poſt acceptum iudicium poſſeſſor vſu hominem ceperit, debet eum tradere, eoque nomine de dolo cauere: periculum eſt enim ne eum vel pignorauerit vel manumiſerit*: cum igitur dicat Caius, periculum eſſe, ne res aliena pignori data ſit à poſſeſſore poſt litem conteſtatam, eoque nomine de dolo caueri oportere domino, inde non ineptè colligetur, eum qui rem alienam pignori acceperit, habere quo ſe tueatur, etiam aduerſus dominum ipſumque agentem exceptione remoueat: hoc autem facere non poſſet, ſi rei alienæ pignus non valeret.

5. In *l.ſi rem alienam 29.ff.de pign. act.* Iulianus ſcribit: *Si mihi res aliena pignori data ſit, eamque debitor precario rogauerit, deinde me verus rei dominus heredem inſtituerit ſolam precarii rogationem ſupereſſe, pignus vero eſſe deſinere, idcircoque vſucapionem debitoris interpellari.* Quod ſi igitur pignus eſſe deſinit poſtquam heres ſum factus, ob id quod cum neque pignus, nec emptio rei ſuæ conſiſtat *l.45.ff.de reg.iur.* ſequitur exinde, vt antequam vero domino ſucceſſerim, pignus rei alienæ, quam bonæ fidei poſſeſſor mihi obligauerat, recte contractum fuerit atque tenuerit.

6. Poſtremò, cum is, qui pro alieno poſſidet, veluti creditor rem ſibi oppignoratam alteri rurſus pignori dare poſſit *lege 1.Cod.ſi pign.pign.dat.ſit.* adeoque ſecundum hoc pignus reuera ſit in aliena re à creditore conſtitutum, conſequens eſt etiam alienæ rei pignus conſiſtere poſſe.

Ego in hac legum apparenti diſſenſione circa propoſitam quæſtionem ſtatuendum exiſtimo, rem alienam ſic obligari pignori non poſſe vt pleno iure conſiſtat ipſique domino rei præiudicet omneſque veri pignoris habeat effectus, ſed vt valeat duntaxat actionemque pignoratitiam pariat reſpectu oppignorantis: Idque etiam haut quaquam diſſimulauit Imperator in *lege 6. Cod.ſi res aliena pign.* ibi in hæc verba ſcribens: *Qui prædium in filios à ſe titulo donationis tranſlatum, creditori ſuo dat pignori, ſe potius contrario pignoratitio obligat iudicio, quam quicquam dominis noceat.* Ecce vtrumque quod modò diximus, claris exprimit verbis Imperator, quòd nempe in re aliena pignus valeat, reſpectu eius, qui dedit, ſic vt pignoratitia contraria actione conueniri poſſit, non autem valeat reſpectu domini vt quicquam ei præiudicet: Id quod etiam rationi iuris & æquitatis naturalis exactè conuenire videtur: vt enim reſpectu pignorantis valeat conuentio eidemque præiudicet, ratio hæc ſuadere videtur, quod is ſuæ conuentioni contrauenire nequeat *l.1.ff. de pact.* vt autem domino huiuſmodi pignoratio non præiudicet, facit regula iuris, quod nempe id, quod noſtrum eſt, nobis ſine facto noſtro auferri non poſſit *l.11.Digeſt.de reg.iur.* Item quod conuentio duorum tertio nō præiudicet. *l.27.§.4.ff. de pact. & l.3.ff. de tranſact.*

Quod igitur dicitur, rem alienam recipere pignorationem, quia recipiat emptionem ex *lege 9.in fine ff.de pignoribus.* Id ita accipiendum eſt, vt ſicut rei alie-

næ

Digitized by Google

næ emptio-venditio nihil præiudicat rei domino, quo minus is rem ſuam ab emptore vindicare poſſit ita quoque pignoratio rei alienæ non noceat domino, nec ratione domini vllas vires habeat, ſed ratione duntaxat oppignorantis. Etenim licèt res aliena poſſit vendi *l.1. ff. de rerum permutat.* dominus tamen eius ab emptore eam vindicare & euincere poteſt prout teſtatur totus titulus *Digeſt. de euictione.*

Minus verò ſuperiori ſententiæ noſtræ aduerſatur argumentnm ex *l. ſi ab eo. ff. de pign.* deductum. Hoc quippe vult eo in loco Paulus, quòd prætor tueatur creditorem, qui rem alienam accepit, ab eo ſcilicet, qui dominium non habet; Et hoc ipſo, quod prætor creditorem tueri pollicetur; adeoque non directa & ciuili actione, ſed tantum honoraria, ſiue prætoria ipſi ſuccurritur, non eſt difficile ex eo colligere quod ipſo iure in re aliena pignus non conſiſtat.

*Ad Tertium* argumentum ex *l.16.§.1. de pign. act.* depromptum, reſponſio patet ex prædictis, oſtenſum quippe eſt quod pignus rei alienæ non quidem ſit validũ reſpectu ipſius domini, efficax tamen ſit reſpectu debitoris, in re aliena pignus cõſtituentis, ita vt creditori aduerſus debitorem contrariã pignoratitiam actionem pariat. Idem planè ad *l.32. eiusdem tit.* reſpondendum eſt.

*Ad quartum* reſpondeo, ſi res aliena à poſſeſſore poſt litem conteſtatam fuerit pignoris nexu obſtricta, periculum domini hactenus in eo verſari, non vt pignus reuera ſubſiſtat, efficax ſit atque domino præiudicet, ſed vt dominus à debitore rem oppignoratam vindicare opus habeat.

*Ad quintum* quoq; non eſt difficilis reſponſio: hoc quippe duntaxat concludit quod pignus rei alienæ ſubſiſtat; id quod ſupra hactenus verum eſſe diximus, vt debitori præiudicet, non etiam vt quicquam noceat vero rei domino.

Idem planè *ad poſtremum* reſpondendum eſt: non enim euincit quòd pignus in re aliena omninò & ſimpliciter valeat, ſed quòd valeat tantum reſpectu creditoris & debitoris, ita vt huic præiudicet, illi verò proſit, & ideo à creditore rurſus alii oppignorari queat.

Quocirca cum hactenus oſtenſum ſit, quòd pignus, in re aliena conſtitutum, nihil præiudicet domino rei, porrò quæritur, quid itaque ſtatuendum ſit eo caſu, quo dominus extitit heres debitoris qui rem illius ſuo creditori pignori dedit, anne pignus hoc caſu ratione etiam domini conualeſcat viresque habere incipiat, quod ab initio validum & efficax non erat? Quæſtio profectò perquam difficilis & intricata propter textus, qui in iure noſtro reperiuntur ad ſpeciem diſcordantes. *Qu. 27. An conualeſcat pignus rei alienæ ſi dominus eius rei extiterit oppignorantis heres?*

Etenim in *l.41. de pignorat. act.* Paulus aſſerit, non conualeſcere pignus, etiam hactenus, vt vtilis ſaltem detur creditori pignoratitia actio aduerſus dominum: verba Pauli ICti hæc ſunt: *Rem alienam pignori dediſti, deinde dominus rei eius eſſe cœpiſti, datur vtilis actio pignoratitia creditori. Non idem dicendum eſt ſi ego Titio qui rem meam obligauerat, ſine mea voluntate heres extitero: hoc enim modo pignoris perſecutio concedenda non eſt creditori, neque vtique ſufficit ad competendam vtilem actionem pignoratitiam eundem eſſe dominum, qui etiam pecuniam debet: ſed ſi conueniſſet de pignore, vt ex ſuo mendacio arguatur, improbe reſiſtit, quo minus vtilis actio moveatur.*

Negat itaque Paulus eo caſu, quo dominus rei oppignoratæ heres extitit, debitori oppignoranti, pignus reſpectu domini conualeſcere; adeo vt ne vtilis quidem actio pignoratitia detur aduerſus dominum.

Sed huic apertè & è diametro aduerſari videtur ſententia Modeſtini in *lege 22. ff. de*

*Dig. de pignoribus.* in hæc verba ſcribentis: *Si Titio, qui rem meam, ignorante me, creditori ſuo pignori obligauerit, heres extitero, ex poſt facto pignus directo quidem non conualeſcit; ſed vtilis pignoraticia dabitur creditori.* Ex ſententia itaq; Marciani pignus ad vtilem pignoraticiam actionem, contra dominũ dandam, conualeſcit. Id quod Paulo, vt dixi, aperte refragari videtur.

Et quidem pro vtraque ſententia facere videtur iuris ratio perſpicua: vt enim pignus non conualeſcat ratione domini, ſi hæres debitori eidemque oppignoranti extiterit, facere videtur regula iſta iuris: quod ab initio non voluit, tractu temporis conualeſcere non poteſt *l. quod initio. l. quæ ab initio Digeſt. de Reg. Iur.* Item quod ad pignus recte conſtituendum requiratur, vt ſit in bonis oppignorantis *l. 6. Codic. quæ res pignor. oblig.* Iam vero in præſenti caſu certum eſt rem in bonis non fuiſſe debitoris eam oppignorantis.

Pro ſententia verò Modeſtini hæc ratio militare videtur, quod impedimento ſublato, quod pignus conſiſtere prius nõ poterat, pignus conualeſcat, & in re aliena validum eſſe incipiat. Deinde ad pignus duo requiruntur vt legitimum & validum ſit, etiam reſpectu domini rei oppignoratæ, vt de pignore inter debitorem & creditorem conuenerit, deinde vt res quæ in pignus datur, ſit in bonis debitoris: hæc autem duo hic concurrere plus quam manifeſtum eſſe videtur: conueniſſe enim inter creditorem & debitorem (cui nunc dominus heres extitit eiuſdemque perſonam repræſentat) præſupponitur: rem etiam in bonis eſſe debitoris expeditum eſt: debitor ſiquidem nunc eſt dominus rei, qui debitori ſucceſſit: legitimum proinde iureque validum erit pignus reſpectu etiã ipſius domini & efficax ad pariendam & producẽdam vtilem pignoraticiam actionem.

Circa hęc igitur contraria prudentum reſponſa in concordiam redigenda valde diſſentiunt Iuris ciuilis Interpp.

Primũ enim Hugo Donellus in *tractatu de pignorib. c. 9.* ſtatuit pignus in præſenti caſu nunquam directo ita conualeſcere, vt vel vtilis, vel directa pignoraticia actio competat aduerſus dominum, qui debitori heres extitit, ſed quia non poſſit alio iure eſſe ſucceſſor, quam fuit ipſius anteceſſor, *l. qui in ius Digeſt. de Reg. Iur.* idcirco contrariam pignoraticiam aduerſus dominum eiuſdemq; heredem dari, ad hoc, vt rem, cuius dominus eſt, pignori nunc det, quæ iam olim ab eius deceſſore obligata fuit: atque ita creditor pignus, quod directo conualeſcere non potuit, via obliqua conſequitur.

Atque hoc modo accipiendum putat Modeſtini reſponſum in *l. Si Titio ff. de pignoribus,* vbi ita ſcribit: *Si Titio qui rem meã, ignorante me, creditori meo obligauerat, heres extitero, ex poſt facto pignus directo quidem non conualeſcit, ſed vtilis pignoraticia dabitur creditori.* Pignoraticiæ vtilis verbo pignoraticiam contrariam hoc loco intelligit Donellus, non vtilem actionem in rem: *Tum* quia Paulus Ictus in *d. l. 41. ff. de pign. act.* negat vllam perſecutionem pignoris, etiam eam, quæ ex æquo & bono vtilitatis cauſa datur, hoc caſu competere: *Tum* etiam quia ratio Pauli, qua in eadem lege vtitur, ſuadet, ſuperius Modeſtini reſponſum de vtili pignoraticia actione non intelligi, quia ideo negat dari vtilem actionem pignoraticiam, quia nõ ſufficiat ad vtilem actionem pignoraticiam eundem eſſe dominum, qui etiam pecuniam debet, ſed neceſſarium ſit, vt quoque de pignore cum ipſo conuenerit: *Tum* deniq; quia hoc ipſo dum negat Modeſtinus pignus directo cõualeſcere, ſatis ſignificat, neq; directo dari actionẽ pignoraticiam, neque vtilem: Nam ſi vtilis daretur de pignore actio, pignus directo conualeſceret: Directo ſiquidẽ valere ea dicuntur, quæ per ſe ipſa iure valent.

lent, neque in eo alienâ hominis operâ indigent: Non directo, quæ vt ſint, ab aliis accipiunt: Sic igitur pignus, ſi creditor illud vindicari poſſet, quamuis, inuito herede, quæcunque illi actio in id dabitur, quamuis non directa, ſed vtilis; pignus tamen directo conualeſcet, quia recta id petetur, neque expectabitur vt prius ab herede pignus imponatur: Quod ſi ab herede prius id accipietur, tunc demum incipiet vere dici nõ directo pignus non conualeſcere: Vult itaque Donellus, ſi dominus rei pignoratæ debitori oppignoranti ſucceſſerit, heresque extiterit, non conualeſcere hoc ipſo pignus, vt ex eo aduerſus dominum heredemque debitoris vtili actione agi poſſit, ſed actione pignorata agi poſſe aduerſus heredem, vt rem ſuam, à defuncto, cui ſucceſſit, oppignoratam pignori det in eaque de nouo pignus conſtituat.

Huic ſententiæ & conciliationi ſubſcribit etiam Franciſcus Connanus 4. *Comm. 13.* & Franciſc. Balduinus in *tr. de pign. c.* 12. vbi ait *d. l. ſi à Titio.* accipiendam eſſe de pignorata actione perſonali cõtraria, non de actione reali hypothecaria, in id nimirum, vt heres pignus confirmet & iam rem ſuam pignori eſſe patiatur, aut ſi id nolit, condemnetur,

Cæterum hanc ſententiam reiicit Vulteius *diſcept. ſcholaſti. c. 17. Tum* quia ſi *d. l. ſi Titio 22.* intelligenda foret de actione perſonali pignoratitia, collocanda potius fuerit ſub titulo de actione pignoratitia, quam ſub titulo de pignoribus. *Tum* quia actione pignoratitia vtili opus non foret, cum directa eo nomine competat: Ius quippe ſucceſſionis æſtimatur ex iure anteceſſoris actiue & paſſiue: Cum igitur anteceſſor directa contraria, non vtili contraria, conueniri potuerit, cur non etiam heredes directa contraria, conueniri poſſent? *l. 9. ff. de pign. act.* Deinde ratio dari non poſſet, cur contrarium iudicium quod in anteceſſorem dabatur directo, in ſucceſſorem detur vtiliter.

Iulianus Pacius in not. *ad d. l. 22.* Duarenus 2. *diſput. ann.* 4. & Iacobus Cuiacius 19. *obſ. c. 26. & lib. 3. qu. Pauli ad d. l. 41. de pign. act.* aiunt, tempore Pauli nullam omnino hypothecariam actionem in caſu propoſito datam fuiſſe, ſed poſtea hoc mutatum eſſe & tempore Modeſtini, qui poſterior fuit Paulo, ex æquitate datam fuiſſe actionem hypothecariam & pignoratitiam; idque ex hac ratione, quod hæres, ſi non ipſo iure, ſaltem beneficio exceptionis, vel replicationis doli mali, debeat rata facere omnia, quæ defunctus geſſit.

Sed hæc quoq; conciliatio merito reiicitur, nonſolum quia Iuſtinianus omnia, quæ in pandectis habentur, ſua fecit, ita vt ex ſententia ipſius non vero ex mente illorum Ictorum intelligi & exaudiri debeant *l. 1. §. 6. C. de iur. veteri enucleand.* Abſurdum præterea eſt vnam legem pandectarum alteri derogare, cum omnes eodem tempore à Iuſtiniano fuerint promulgatæ, dici non poſſit vnam legem altera eſſe priorem vel poſteriorem.

Franciſcus Hotomannus 5. *obſerua. c. 8.* ſtatuit inter *d. l. 41. ff. de pign. act. & l. 22. ff. de pignoribus.* expreſſam antinomiam, quæ nullo ingenioſo & ſubtili commento tegi poſſit.

Sed & hoc male, meo iudicio, & contra mentem Iuſtiniani, qui vllas in iure antinomias extare diſerte negauit in *l. 2. C. de iure vet enucl.* Nec veriſimile eſt, compilatores iuris, qui fuerunt viri iuris peritiſſimi, ex quadam incuria de tam celebri maximique ponderis quæſtione & controuerſia, quæ ipſis incognita eſſe non potuit, contraria Ictorum reſponſa pandectis noſtris inſeruiſſe.

Andreas Alciatus 7. *parerg.* 14. cum difficultatem conciliandarum prædictarum legum deprehenderet, nec ipſi ratio ſufficiens, eas in concordiã redigendi, occurreret, manum admouit textui *d. l. 41.* & pro *non eſt idem dicendum*, negatione detractã,



Digitized by Google

legit per interrogationem, *Num eſt idem dicendum?* quaſi interrogatio præmitteretur, & definitio, ſiue reſponſio, poſtea ſubiiceretur *in verſ. ſed ſi conueniſſet de pignore,* hæc videlicet *quod in propoſito caſu actio pignoratitia creditori ſit concedenda*: Emendationem vero hanc ſuam iſta confirmat ratione, quod ratio, quæ in textu ſubijcitur, ſemper obtineat, quia anteceſſor, ſiue defunctus, de pignore conuenerit, cuius mendacium redarguens improbe reſiſterem.

Cæterum diſplicet & hæc ſententia Hermanno Vulteio *d.c.*17. nec non Iacobo Cuiacio ad *d.l.*41. *lib.*3.*quæſt.Pauli*, *Iohanni Roberto* 2.*recept. lect. cap.*1. Primò quia conſtans eademque eſt lectio *d.l.*41. non ſolum in omnibus impreſſis exemplaribus, ſed in Manuſcriptis etiam Codicibus. 2. *Quia* particula NVM apud Latinos negatiue intelligitur. 3. *Quia* ſequentia eiuſdem legis clare admodum oſtendunt in caſu poſteriori non eſſe idem dicendum quod in priori. 4. *Quia* emendatio Alciati nulla ratione accommodari poteſt *verſicu. ſed ſi conueniſſet.* cum is aperte de illius ipſius mendacio loquatur, qui reſiſtit. 5. *Denique* quia nihil iniquitatis facit heres qui ea exceptione vtitur quo defunctum mendacij arguit, cum alieni facti iuſta ſit ignorantia *l.*2. *& l. Iuris ignorantia. ff. de iuris & facti ignor.*

Iohannes Robert. *d.c.*1. ait vtramque legem de actione quidem reali hypothecaria loqui, ſed tamen diſtinguendum eſſe inter creditorem ignorantem & ſcientem, vt huic nulla detur in propoſito caſu actio; Illi vero detur, non quidem directo, ſed oblique, nimirum ita, quod creditori aduerſus debitorem competat actio perſonalis pignoraticia contraria quę ipſo debitore defuncto contra ipſius heredem locum habeat in quo concurrant ſimul iura domini, quæ actio cum aduerſus hæredem detur in hoc, vt illam ipſam rem pignori ſupponat coniungendarum actionū celeritate fiat vt in locum pignoratitiæ detur vtilis hypothecaria.

Hermannus Vulteius in loco ſupra citato ita conciliandos putat adductos textus quod in *d. l.*22. res obligata fuerit domino prorſus ignorante: In *d.l.*41.*ff. de pigno. act.* aliena res oppignorata fuerit domino non ſolum ſciente, ſed etiam reclamante & contradicente: vt priori caſu pignus conualeſcat, poſteriori vero non item, eo quod creditor fuerit admonitus à domino, qui voluntatem ſuam, ſeu potius voluntatem, aperte explicuerit quod nempe nolit rem ſuam à creditore oppignorari, quo caſu ſane iniquiſſimum foret rem alienam, domino prohibente & contradicente, pignori obligari.

Veruntamen ſententiæ huic obſtat, quod *d.l.*22. ſermo etiam ſit de re aliena, inuito eius domino, oppignorata: loquitur quidem Modeſtinus de domino ignorante, verum & ignorans inuitus eſt, & inuito domino id recte fieri dicitur, quod fit domino ignorante, prout recte monet Iacobus Cuiacius ad *d.l.* 41. *de pign. act. lib.* 3. *quæſt. Pauli.* proinde vtraque lex eſt de oppignoratione rei alienæ, inuito domino facta: Et ſane in dubio nemo præſumitur rem ſuam ab alio oppignorari voluiſſe, maxime ſi id fieri ignorarit: Et quāquam Vulteius excipiat, dominum in caſu propoſito non quidem ſimpliciter, ſed tamen cum hac limitatione conſentire, ſi poſtea heres fiat: Duo tamen huic refragari & præſumptionem iſtam elidere videntur. 1. *Quod* ignorans aliquid fieri non intelligatur in id, quod ignorat, conſentire. 2. *Quod* cum eo tempore quo oppignoratio facta eſt, ignorarit ſe heredem oppignorantis fore, eumq; caſum præuidere non poterit, ideo de eo cogitaſſe aut in eius euentum in oppignorationem conſenſiſſe videri nulla ratione poſſit.

Quocirca cum hactenus relatæ opiniones vniuerſæ ſatis ſint periculoſæ, idcirco,

circo, his miſſis, *l.41.ff.de pign.act.cum l.22. ff.de pignoribus.* in concordiam redigi poſſe opinor: vt in *d.l.41.* in qua actionem aduerſus dominum qui debitori ſucceſſerat, dari negatur, ſermo ſit de actione hypothecaria reali: Hæc quippe in propoſito caſu non competit: *Tum* quia actio hypothecaria non datur creditori aduerſus dominum verum: dominus autem verus rei oppignoratę ſit, is qui ſucceſſerit debitori. *Tum* quia pignus quod ab initio non valuit, nec in re aliena conſtitit *l.16.§.alienam.ff.de pignorib.* non potuit tractu temporis conualeſcere *l 29.ff.de Reg.Iur.* hypothecaria vero actio non competit vbi pignus non valet: *Tum* denique quia abſurdum eſſet in heredem dari actionem, quæ aduerſus defunctum non competiiſſet *l.3. ff.de itinere actuq; priuato l.inuitus 156.§.cum quis de Reg.Iur.* Certum eſt autem, creditorem non potuiſſe aduerſus ipſum debitorem agere hypothecaria ea de re, quam alienam oppignorarat, cum, vt dictũ eſt, in re aliena pignus non conſiſtat: Recte proinde in *d.l.41.* negatur, aduerſus dominum & ſucceſſorem debitoris hypothecariam actionem dari. Et quanquam ea *l.41.* verbis ſit de actione pignoratitia concepta, obſeruandum tamen eſt generali pignoraticæ actionis nomine frequenter in iure noſtro hypothecariam actionem deſignari; atque eo in loco per actionem pignoratitiam intelligi actionem hypothecariam, ratio ipſa ſuadet: Nam actio pignoratitia quia perſonalis eſt & ex contractu pignoris deſcendit, ideo dubium non eſt, quin in dominum eundemq; debitoris ſucceſſorem, non minus atque in ipſum defunctum, competat, quandoquidem actiones ex contractibus deſcendentes, in heredes competere, iuris expediti eſt *tot.tit.I.de perpet.& tempor.actionib.* Quæ ipſa quoque ratio facit, vt in *d.l.22.* dicatur actio pignoraticia dari creditori in dominum rei pignoratæ, qui debitori ſucceſſit, non quidem actio directa, quoniã reuera nõ ſubſtitit in defuncto pignus rei alienæ, & ideo etiam in ſucceſſore ſimpliciter conualeſcere non potuit *dict.l.29.de reg.iur.* ſed vtilis actio, quia certum eſt rem iſtam, quæ ab initio aliena erat, nunc eſſe debitoris propriam, in eumque caſum recidiſſe, quo efficaciter pignorari poteſt.

Illud nihil referre recte monet Autor noſter, vtrum dominus ipſe rem ſuam alteri pignori det, an vero eius nomine procurator: cum enim res vendi & ex venditione, per traditionem ſubſequentem, alienari & transferri poſſit *§.nihil.I.de rerum diuiſ.l.9 §.4.ff.de acquir.dom.* Quidni & oppignorari per alium poſſet, qui ea de re à domino mandatum habuerit? Maxime cũ oppignoratio ſpecies quædam ſit alienationis *tot.tit.C.de reb.alien.non alienand.* poteſtas porro oppignorandi illi demum procuratori competit, cui ſpeciale mandatum de facienda oppignoratione fuerit datum, vel qui habuerit mandatũ vniuerſorum bonorum ab eo, qui ſub pignoribus ſolebat mutuam accipere pecuniam. Id quod Vlpianus & Gaius in *l.11.§.fin & l.ſeq.ff de pign.act.* his verbis confirmant: *Si procurator meus vel tutor rem pignori dederit, ipſe agere pignoratitia poterit, quod in procuratore ita procedit, ſi ei mandatum fuerit pignori dare; vel vniuerſorum bonorũ adminiſtratio ei permiſſa eſt ab eo, qui ſub pignorib. ſolebat mutuas pecunias accipere.* His verbis innuunt prædicti ICti, procuratorem ita demum pignori dare poſſe, ſi ſpeciale de eo mandatum habuerit, aut adminiſtrationem omnium bonorum eius habuerit, qui conſueuerit mutuam ſub pignoribus pecuniam accipere. Exceptis igitur hiſce duobus caſibus, non fas erit procuratori, quantumuis vniuerſorum bonorum, res domini ſui oppignorare; niſi libera ei adminiſtrandi poteſtas conceſſa fuerit: Hic enim cum alienare res domini ſui abſque ſpeciali mandatu poſſit *leg.9.§.4.ff.de acquir.domin.* *§.Nihil Inſtit..de Rer.diuiſ.leg.58.de procur.* valebit vtique

etiam ſine ſpeciali mandatu oppignorare.

*Lit.D.* Qu. 28. *An prædium Emphyteuticū poßit oppignorari?*

An porro prædium Emphyteuticum oppignorari poſſit ab Emphyteuta, quæſtionis eſt non ſatis expeditæ? Pro Negatiua opinione facere non parum videtur *l.fin.C.de iure Emphyteut.* vbi Iuſtinianus omnem in genere emphyteuſis alienationem ſine domini conſenſu fieri prohibet: oppignorationem vero eſſe ſpeciem quandam alienationis, probat *l.fin. Cod. de rebus alien. non alienand.* prædium proinde emphyteuticum non poteſt pignorari.

Cæterum pro contraria opinione, quam poſt Anton. Neguzantium *de pignoribus membr. 2.part.2. numer. 28. & ſeq.* Aurelius Corbulus in *tract.de iure emphyteut.* defendit, quæque & mihi ad veritatem accedere propius videtur, inprimis facit *§.Adeo.3.I.de locat. conduct.* vbi Iuſtin. ait, *Emphyteuta, quandiu canonem ſoluit licere efficaciter rem emphyteuticam alij donare, vendere, dotis nomine dare, aut alio quouis modo alienare*: Cui ſane conſequens eſt licere eidem prædium emphyteuticum etiam oppignorare: *Tum* quia, vt dictum eſt, oppignoratio eſt ſpecies quædam alienationis: *Tum* quia plus eſt rem emphyteuticam donare, vel vendere, quam pignori dare.

2. Quia & Paulus ICtus in *l.16.§.fin.ff. de pign.act.* hoc ipſum verbis apertis teſtatur, *etiam vectigale*, inquiens, *prædium pignori dari poteſt*.

3. Adſtipulatur eidem & Scæuola in *l.31.ff. de pignorib.* claris verbis ſignificans *vectigale prædium oppignorari poſſe*.

Nec quicquam refragatur adducta *l. fin.C. de iure Emphyteu.* Nam quadruplici modo illi reſponderi poteſt: *primo* enim Neguzant. & Corbulus reſpondent *d.l. final.* non prohiberi ſimpliciter & directo alienationem, ſed prohiberi ius emphyteuticum in alium transferri: per pignus autem non fieri translationem rei oppignoratæ, quia obligatio iſta nihil transfert, cùm pignus in bonis obligantis remaneat *l.pignus C.de pign.act.* nec cauſam dominij mutet *l. ſicut. §.ſi debitor. ff. quib.mod.pign.ſoluat.*

*Deinde* reſpondet Neguzantius *d.l.fin.* loqui de alienationis prohibitione, Alienationis autem verbo venire hypothecam improprie & ex interpretatione, atque tunc demum, quando ſumus in diſpoſitione, in qua fit latiſſima interpretatio, vt in teſtamentis, ſecus autem quando ſumus in interpretatione, in qua fit ſtricta interpretatio, vt in ſtatutis, & in prohibitione alienationis, quæ fit in odium alterius: & ideo cum *dict.l.fin. Cod. de iure emphyteut.* ſit pœnalis, inducens caducitatem & priuationem, ſtricte erit intelligenda, ita vt prohibita alienatione, non cenſeatur prohibita hypotheca.

*Tertio* reſpondet Bartholus, prohibita alienatione, non cenſeri prohibitam hypothecam, vel pignoris obligationem, dummodo non obligetur res pro tanta quantitate, quod veriſimiliter non ſit ſpes luitionis, hoc enim caſu ſub prohibitione alienationis cenſeri etiam pignoris obligationem contineri, & de tali caſu intelligendam eſſe *d.l.fin.*

Mihi videtur ad *l.fin.C.de iure emphyteu.* facillima ſolutio. Non enim loquitur de alienatione rei emphyteuticæ, quam in *d. § 3 I.de locat. conduct.* concedit Iuſtinianus, ſed de alienatione iuris emphyteutici; hanc prohibet Imperator in *d.l.fin.* Diuerſitatis autem & diſtinctionis huius ratio in eo conſiſtit, quod alienatione rei emphyteuticæ Domino nihil pìudicatur, cum ipſi nouus emphyteuta non obtrudatur, ſed alienans fundum emphyteuticum maneat emphyteuta & ad canonem exſoluendum obſtrictus ſit & obligatus, non minus atque antea fuit: Alienatio autem iuris emphyteutici maxime præiudicet domino, cum nouum illi ſubſtituat emphy-

emphyteutam, qui fortaſſis non æque facilis ſit & promptus in exſolutione canonis, atque prior.

Hoc proinde obſtaculo remoto, verum manet emphyteutam fundum emphyteuticum oppignorare poſſe.

Idem plane de ſuperficiario aſſeritur in *l.13.§.3.ff.de pignoribus & l.16.§.fin.ff.de pign. act.l.25.ff.qui pot.in pignor.*

De Bonæ fidei poſſeſſore, cui publiciana competit actio, idem aſſerere videtur Paulus in *l.18.ff.de pignorib.* Si ab eo, inquiens, *qui publiciana vti potuit, quia dominium non habuit, pignori accepi, ſic tuetur me per Seruianam prætor, quemadmodum debitorem per publicianam.* Etſi enim iure ſummo non conſiſtat pignus eius rei quæ non fuit in domino debitoris; ea tamen res quæ bona fide poſſidetur fingitur in dominio eius eſſe per vſucapionem *§.4.I.de act.l.48.de acquir.dom.* Ratione cuius fictionis prætor publiciana & vtili in rem actione ipſum bonæ fidei poſſeſſorem, vtili vero Seruiana actione creditorem eius, cui ea

Lit.C. res oppignorata fuit, tuetur.

Qu.29. *An tutores & Curatores pupillorũ & adultorũ res poſſint oppignorare?*

Oppignorare præterea poſſunt illi qui quidem rerum oppignoratarum non ſunt domini, ſed tamen loco dominorum habentur quales ſunt Tutores & Curatores quos domini loco in rebus pupillorum & adultorum haberi Iulianus teſtatur in *l.56.§ 4.ff.de furt.idemque & in l.27. ff.de admin.tutor.* aperte ſignificatur. Quocirca cum tutor aut curator rem pupilli vel adoleſcentis oppignorat, non videtur res aliena ſed oppignorantis propria eſſe oppignorata. Et quod tutores atque curatores res pupilli poſſint pignori dare, cautum eſt in *l.16.ff.de pign.act.* vbi Paulus *Tutor* ait *lege non refragante ſi dederit rem pupilli pignori, tuendum* erit *ſcilicet ſi in rem pupilli pecuniam accipiat; Idem eſt in Curatore adoleſcentis vel furioſi.*

Cæterum grauiter huic aduerſatur *l.penulti.Cod.ſi aliena res pign.dat.* in qua Honorius & Theodoſius Impp. in hæc verba reſcribunt: Si in rem ſuam accepta pecunia mutua tutor mancipium tuum pignori dedit, nec huic poſt perfectam ætatem conſenſum accommodaſti, pignori res obligari non potuit.

2. Idem plane de curatore adulti reſcribit Antonin. Imperator in *l.3.C.eod.tit. Curator,* inquiens, *adulti vel tutor pupilli* propriam rem mobilem eius cuius negotia tuetur pignori iure obligare non poteſt.

3. Accedit ad huius confirmationem & iſta ratio, quod res pupilli non poſſint alienari ſine decreto *l.4.C.de præd.minor.* pignoris autem datio ſit ſpecies alienationis, ita prohibita alienatione etiam pignoris datio prohibita cenſeatur.

Mihi omnem huius rei difficultatem diſtinctione adhibita facili negotio tolli poſſe videtur. Si n. tutor vel curator pecuniã in rem & vtilitatem pupilli aut adulti mutuam acceperit, rem pupilli pignori dare iure poteſt, quia hactenus res pupilli adminiſtrat, pro domino autem tutor vel curator habetur quatenus adminiſtrat *d.l.56.ff.de furt. & l. d.l.27.ff.de admin.tut.* Quod ſi vero non in rem pupilli vel adoleſcentis, ſed in rem ſuam, tutor aut curator pecuniam accipiens, rem pupilli vel adoleſcentis pignori dederit, non intelligitur iure pignus conſtitutum, quia hactenus limites officij & demandatæ rerũ pupillarium adminiſtrationis fines excedit. Atque hæc diſtinctio aperte adhibetur in *d.l.19.§.fin.l.3.& l.penult.Cod.ſi res alien.*

Res porro quæuis oppignorari poſſunt, q̃ ſpecialiter oppignorari prohibitæ non reperiuntur *l.13.§.2.ff.de pignor.l.18.ff.de pign.act.l.3.C.de heredit. vel act.vendit.* Adeo vt & iam nomina creditorum pignori dari poſſint *l.13.§.2.& §.fin.l.20.ff de pignoribus l.18.pr.de pign.act.* Lit.D.& E.

Quin & vſumfructum pignori dari poſſe Marcianus diſerte ſcribit in *l.11.§.2. ff.de pignoribus.* Idque naturæ etiam vſusfructus Lit.F.

fructus apprime conuenit: ad vſufructuarium quippe pertinent rei fructuariæ fructus; non modo naturales ſed ciuiles etiam pignorandi commoditatem contineri Iauolenus docet in *l.72. ff.de reg.iur.* vbi ait: *fructus rei eſt vel pignori dare licere.* Et quidem, quin vſusfructus pignori dari ab vſufructuario poſſit, minoris eſt difficultatis; verum de eo maxime controuertitur, vtrum proprietatem ſiue rem ipſam fructuariam vſufructuarius oppignorare valeat? Negant hoc Franciſcus Hotomannus, Chriſtophorus Sturtzius, Philippus Matthæi in *d.l.72.* Idque propter textum in *l.6. C.de vſufructu & aqua*, vbi diſerte negatur vſufructuarium potuiſſe proprietatem pignori dare.

Qu.30. *An fructuarius proprietatē ſiue rē fructuariam poſſit pignori dare?*

Quam ſententiam & iſta ratio confirmat, quod res aliena pignori dari nequit *l.1.C.ſi aliena res pign.* proprietas autem, ſiue res fructuaria, reſpectu vſufructuarij eſt aliena: proinde ab ipſo pignori dari non poteſt, per textum in *fine prin. l. de hered. inſtituend.*

Veruntamen hiſce rationibus non attentis, veriorem eſſe iudico ſententiam Petri Fabri, ſtatuentis non modo vtendi fruendi ius & fructus ipſos, inuito etiam domino, ſiue proprietario, ſed etiam rem ipſam pignori dari poſſe; ita ſcilicet, vt finito vſufructu, pignoris etiam cauſa illico extinguatur: ICtus enim Iauolenus in *dict. l.72.* de re ipſa pignori danda loquitur, non de iure aut rei fructibus: Et ait rei fructum eſſe vt ipſa res pignori dari poſſit.

Et ſane quod quis per ſe tenere poteſt, vtpote fructuarius, cur per alium, vtpote creditorem non teneat?

Nec me multum mouet adducta *l.6. Cod. de vſufruct. & habit.* Attendendum quippe eſt Imperatori Alexandro ibi ſermonem eſſe de vſufructu in dotem marito conceſſo, hunc ideo prohibetur alienare, quia & aliâs nō poteſt rem dotalem alienare vel oppignorare, vtpote legis prohibitione obſtante.

Sic nec ratio ſuperior quicquam mouet, quod res aliena non poſſit pignori dari. In vſufructuario quippe deficit, quia ad hunc, ex voluntate & conceſſione proprietarij, ſpectant fructus, tam naturales, quam ciuiles: fructuum autem ciuilium appellatione, vt ſupra fuit dictū, commoditas quoque oppignorandi continetur.

Dixi ſupra, res quaſuis oppignorari poſſe, exceptis illis, quæ ſpecialiter oppignorari prohibentur: prohibentur autem pignori dari res illæ, quæ hominum commerciis ſunt exemptæ, quales ſunt res ſacræ, ſanctæ & religioſæ *l.2. de relig. & ſumpt. fun. l.3. C. quæ res pignori dari.* Cum enim hæ res, vtpote commercio hominum exemptæ, emi & vendi non poſſint *l.22. & ſeqq. ff. de contrahend. empt. §. fin. I. de empt. vendit.* conſequens eſt, eas nec oppignorari poſſe, *l.9. §.1. ff. de pign.* *Lit. G.*

Idemq; de homine libero pari ratione ſtatuendum eſt *l 6. Cod. quæ res pign. oblig. poſſ.* excepto vnico illo caſu, quo ab hoſtibus captus pretio alterius redemptus eſt: Hic enim, quamuis priſtinæ libertati reſtitutus ſit, tamdiu tamen à redemptore in locum pignoris detinetur, vſque dum expenſum pretium redemptori refundat, prout ab Imp. Gordiano ſancitum & conſtitutum eſt in *l 2. C. de poſtli. reuerſis.*

Hinc de oppignorationibus hominum liberorum propter alienum debitum vel delictum factis, quæ vulgo repreſſaliæ vocantur, quæritur, anne iuris & æquitatis rationi conueniant? Quæſtio profecto intricatiſſima, de qua diuerſæ non modo ICtorum ſed & politicorum & Theologorum extant ſententiæ; Et quod licitæ ſint repreſſaliæ iurique naturali & ciuili rectæque rationi conueniant, hiſce ſequentibus fundamentis effici videtur.

Qu.31. *An repreſſaliæ licitæ ſint & in Rep. bene conſtituta, ſerendi?*

1. Omnis iuſtitia & rationalis æquitas

hoc

hoc expoſcit, vt ſingulis tribuantur ſua, & omnibus rerum, vel creditarum, vel ablatarum fiat reſt..utio: Quocirca, cum mihi aliquis deberet, vel mea mihi ſurripuiſſet, non ſolum aduerſarium, ſed eius etiam magiſtratum pro reſtituendo ſollicitarim; debita vero iuſtitia vtrinque fuerit denegata, ordinaſſe & permiſiſſe videtur eadem ipſa lex & iuſtitia, alium modum iuſtitiæ extraordinarium, malo nodo malum cuneum obiiciendo; ita, vt quod monendo & ſollicitando non potui, id repreſſaliarum & pignorationum coactione obtineam, atque aduerſarium, vel magiſtratum amore conciuis, vel ſubditi ad iuſtitiæ adminiſtrationem compellam.

2. Accedit huic, quod, etſi pignoratus, vere, contractus ratione, innocens ſit, tamen propter denegatam vel protractam iuſtitiam, à magiſtratu quaſi aliqua obligatione ipſa poſſit vel ipſe, bona ipſius pignorari, detineri vel auferri, quo princeps ad ius cuique, etiam extero, reddendum cogatur & compellatur.

3. Præterea metu repreſſaliarum ſinguli magiſtratus cogentur, non minus exteris, quam propriis ſuis ſubditis ciuibus iuſtitiam adminiſtrare, vt proinde ipſorum ſubditorum interſit, repreſſalias exerceri aduerſus principem & magiſtratum, iuſtitiam denegantem.

4. Ciuitas vel dominus, iuſtitiam vel negligẽs, vel recuſans, eſt debitor iuſtitiã poſtulantis: Ergo homines ſubditi illi domino, vel populo, capi poterũt: quia propter delictum domini, negligentis facere iuſtitiam, poteſt indici bellum contra totam terram & omnes gentes ſubditas *cap. dominus noſter. 23. queſtio. 2. Authent. ſi vero dominus temporalis, C. de hered.*

5. Inſuper cum negligentia procuratorum noceat domino, ideo etiam negligentia Rectorum nocebit ciuibus, quoniam ſibi imputare debent, quod tales elegerint, *l. cum mandato. ff. de minor.*

6. Denique regnum ab iniuſtis auferri & genti, facienti iuſtitiam, dari debet, *Matth. 21. in fin. Eccleſ. 10. pr. & c. 2. caſ. 23. q. 4.* Magiſtratus vero repreſſalias concedens, ſuccedit in locum ſuperioris iuſtitiam denegantis.

Ex hiſce fundamentis vulgo repreſſalias defendunt, hiſce tamen concurrẽtibus requiſitis, 1. vt iuſtitia ſit denegata, vel protracta. 2. Vt graue ſit damnum, quod quis ex denegata iuſtitia patitur: Ad hoc ſiquidem violentum & extraordinarium remedium, ob leue & modicum damnum deueniendum non eſt. 3. Vt debitum cauſaque petendi repreſſalias ſit iuſtiſſima, liquidiſſima & ſufficientibus probationibus aperta. 4. Vt authoritate magiſtratus, cui de grauamine plene conſtet, arreſtum iudicialiter imponatur. 5. Vt is, contra quẽ repreſſaliæ conceduntur; ſit extraneus, quandoquidem vni principis ſubdito, contra alium, eiusdem principis ſubditum, repreſſalia non conceduntur; cum principis ſit amborum cauſas cognoſcere, & cuique iuſtitiam adminiſtrare.

Cæterum, nec hiſce requiſitis vniuerſis concurrentibus, repreſſalias iure licitas ſed omni potius iure prohibitas, illicitas & improbatas eſſe exiſtimo. Moueor autem ſequentibus rationibus.

1. Regula eſt iuris ac iuſtitiæ firmiſſima; neminem alterius odio prægrauari debere, *l. non debet alter. ff. de reg. iur. l. ſi quis in ſuo §. legis. Codic. de inoffic. teſtam.* Atqui odio non ſoluentis, nec iuſtitiam adminiſtrantis grauatur per repreſſalias, qui propter debitum alienum non ſolutum, ac propter iuſtitiam denegatam vel protractam, capitur, aut bona eius detinentur. Quocirca repreſſalia pugnant manifeſte cum iuſtitiæ iuriſque fundamentis ac regulis.

2. Si propter æs alienum patris, filius conueniri & inquietari non debet, *tot. tit. Cod. ne filius pro patre.* iniquiſſimum ſane eſt, aliquem propter debitum extranei conue-

Digitized by Google

conueniri & inquietari, capi aut bonis ſuis exui. Hinc recte Caſſiodor. *l.* 4. *c.* 10. *Nam iniquum*, inquit, *perſuaſionis errorem. Diuiduntur cauſa germanis, filius obligationibus paternis, ſi non ſit heres, exuitur; Vxor maritalibus debitis, niſi per ſucceſſionis vinculum, nõ tenetur, & audacia ad ſolutionem trahit extraneos, cum abſoluant iura coniunctos.*

Nec ad rem quicquam facit, quod excipiunt, filium pro patre, & patrem pro filio non teneri, quatenus eidem ſubſint magiſtratui: Cæterum ſi pater extraneo deberet, & huic denegata eſſet iuſtitia, tum filium ab extraneo iſto creditore arreſtari poſſe.

Reſpond. Petunt enim hoc ipſo manifeſte principium: Et in *tit. iſto C. ne filius pro patre.* Impp. generaliter loquuntur, & conſtitutiones quoque filium ob debitum patris, & patrem ob debitum filij inquietari prohibentes, naturali iuſtitiæ nituntur ratione, ea ſcilicet, quam dixi.

3. Accedit, quod repreſſaliæ potiſſimum ob priuatam concedantur vtilitatem, vt nempe creditor ſuum ab extero debitore obtinere & conſequi valeat. At propter vtilitatem priuatam Reſp. turbari non debet, quæ ſane exercitio repreſſaliarum vel maxime turbatur & inquietatur.

4. Lex præterea iuſtitiæ iuriſque gentium & naturalis, alterum non eſſe lædendum §. 3. *Inſt. de iuſtic. & iure.* Item, id quod noſtrum eſt, ſine facto noſtro ad alium transferri non poſſe, *leg. id quod noſtrum.* 11. *de reg. iur.* At contra fit per repreſſalias, quoniam vtique grauiſſime læditur, qui vel ipſe capitur ob debitum, vel delictum alienum, vel cuius bona auferuntur vel detinentur. Per repreſſalias quoque id, quod noſtrum eſt, ſine vllo facto noſtro aut delicto ad alium transferri, palam eſt, proinde leges naturæ & regulæ iuſtitiæ grauiſſime ac manifeſtiſſime per repreſſalias violantur.

Et quanquam ad hoc diſſentientes reſpondeant, per repreſſalias quidem ſine facto auferri & ad alium transferri alterius bona, & alterum quoque quodammodo lædi; verum non ſine cauſa iuſtiſſima ac grauiſſima, quia ſcilicet bonum publicum ſuadeat iuſtitiam adminiſtrari, ſuumque ius cuique reddi: id quod efficiatur per repreſſalias.

Reſpond. obſeruandum tamen eſt, ne quidem propter vtilitatem publicam ſuũ cuiquam, ſine ipſius culpa ac merito auferri, §. *fin. Inſt. de his qui ſui vel alieni.* vt alibi hoc latius demonſtraui: Deinde ad iuſtitiæ adminiſtrationem, à magiſtratu extorquendam, non ſunt ipſius iuſtitiæ leges violandæ. Denique non ſunt facienda mala, vt eueniant bona.

5. Inſuper factum cuique ſuum, non alij nocere debet, *l.* 155. *ff. de reg iur.* Atqui factum magiſtratus, denegantis iuſtitiam, noceret alij, nempe ei, cuius bona arreſtantur & detinentur, ſi repreſſaliæ admitterentur. Proinde ſi omnino iuſtitiæ adminiſtratio violento aliquo remedio à magiſtratu extorquenda eſt, æquum putarem ipſius potius magiſtratus bona arreſtanda, quam alterius ipſius ſubditi: Cum æquiſſimum ſit pœnas ſuos tenere authores, nec vlterius progredi metum, quam reperiatur delictum, prout præclare admodum ſanciunt Impp. Arcad. & Honor. in *l.* 22. *C de pœnis.*

6. Quin & conſtitutiones Imperatorum aperte huiuſmodi oppignorationes & repreſſalias prohibent. Nam Zeno Imperator in *l vnic. C. vt nullus ex vican.* hac de re ita ſancit: *Graue eſt*, inquiens, *non ſolum legibus ſed æquitati etiam naturali contrarium, pro alienis debitis alios moleſtari; idcirco huiuſmodi iniquitates circa omnes vicanos perpetrari, modis omnibus prohibemus.* At moleſtari alienis debitis repreſſalias eos, in quos exercentur, manifeſtiſſimum eſt. Proinde & repreſſaliæ Zenonis conſtitutione prohiberi dicendum eſt.

Impe-

Digitized by Google

Imperator Fridericus ſecundus conſimiliter repreſſalias exerceri prohibet, dum ita in *Authentic. habita. Cod. ne filius pro patre.* ſcribit: *hac igitur generali & in perpetuum valitura lege decernimus, vt nullus de cætero tam audax inueniatur, qui aliquam ſcholaribus iniuriam inferre præſumat, nec ob alterius cuiuscunque prouinciæ delictum, ſiue debitum (quod aliquando ex peruerſa conſuetudine factum audiuimus) aliquod damnum illis inferat.* Ecce hic Imperator Fridericus expreſſe improbat illam repreſſaliarum conſuetudinem & peruerſam appellat, qua quis ob alterius delictum vel debitum damnum pati cogatur.

Iuſtinianus denique conſimiliter repreſſalias, vt iniquitatis & iniuriæ pleniſſimas, damnat, ita ſanciens: *Inhoneſtas pignorationes & odibiles ſuper his exactiones, plurima quidem & alia leges odio habent: præcipuè autem à nobis poſita, ſed neſcimus quemadmodum cauſa licet tantis caſtigata legislationibus, adhuc præſumitur & in Republica eſt, & maiorem ſui præbet virtutem, quam legum neceſſitas. Propterea ſancimus, nullam omnino pignorationem in noſtra Republica prævalere, neque in mercatis (hoc quod maximè ibi præſumptum invenimus) neque in agris, neque in ciuitatibus, neque in vicis, neque in ciuibus, neque in agricolis, neque alio omnino quocunque modo vel tempore, ſed præſumendum alium pro alio, ſecundum pignorationis formam aurum aut aliquid aliud exigere hoc reddere in quadruplum, violentiam paſſo, & cadere etiam ab actione, quam habuit aduerſus eum, pro quo exactionem fecit. Non enim habet rationem, alium quidem eſſe debitorem, alium vero exigi, ſed nec alteri moleſtum eſſe pro altero quodam, tanquam inuaſionem & iniuriam committentem, &c.*

Idemque Iuſtinianus in *Novell. 134. ca. 7. quia verò,* ait, *eſt huiuſmodi iniquitatem in diuerſis locis noſtræ Reipubl. cognouimus admitti, quia creditores filios debitorum præſumunt retinere, aut pignus, aut ſeruile miniſterium, aut in conductionem: hoc omnibus modis prohibemus, vt ſi quis huiuſmodi aliquid deliquerit, non ſolum debito cadat, ſed tantam quantitatem aliam adiiciat dandam ei, qui retentus eſt ab eo, aut parentibus eius & poſthoc etiam corporalibus pœnis ipſum ſubdi a loci iudice, quia perſonam liberam pro debito præſumpſerit retinere, aut locare aut pignorare.* Ex hiſce imperialibus conſtitutionibus ſatis luculenter pateſcere opinor, repreſſalias Iure illicitas & prohibitas eſſe.

Nec moueor eo, quod diſſentientes reponunt, in adductis legibus non tam pignorationes & repreſſalias damnari, quam inhumanum earum abuſum & vetitam legibus proprii facti, ſine cauſæ cognitione præcedentem audaciam: At repreſſalias ſic demum cenſeri licitas, ſi cauſæ cognitio præcedat, iuſtaque ſubſit cauſa, denegatio videlicet iuſtitiæ, & ſi denique exerceantur non propria nec priuata, ſed magiſtratus authoritate, vt ſupra dictum.

Nam huic obſtat generalitas textuum, prohibentium alium pro alio inquietari & moleſtari: itemque generalitas rationis, quod rationem non habeat, alium quidem eſſe debitorē, alium verò exigi. Et quod legibus & naturali æquitati contrarium ſit, pro alienis debitis quenquam moleſtari.

His ita perpenſis, non erit difficile ad diſſentientium argumenta reſpondere.

Nam quod *primò* dicebatur, iuſtitiam expoſcere, vt ſuum cuique tribuatur, vt ablatum reſtituatur, & debitum exſoluatur: hoc autem per repreſſalias extorqueri ab eo, qui prius iuſtitiam adminiſtrare neglexerit aut denegarit. Proinde per repreſſalias iuſtitiæ adminiſtrationem promoueri: ad hoc reſpondeo, legem quidem iuſtitiæ eſſe perpetuam, quod ſuum ſit tribuendum cuique, ſed eiuſdem iuſtitiæ aliam eſſe legem, illâ non inferiorem, quod proximus non ſit



Digitized by Google

lædendus *d. §. præcepta 3. Inſtit. de iuſt. & iure.* hanc vero violari per repreſſalias: idcirco ſic vnam iuſtitiæ legem tuendam, vt altera non violetur, nec euertatur. Deinde, finem bonum eſſe poſſe, vbi tamen media, ad finem iſtum tendentia; mala ſint: hoc autem quotieſcunque accidit, obſeruandum eſſe præceptum Pauli: *non eſſe facienda mala, vt inde proueniant bona.* Sic, verbi cauſa, religio promouenda eſt, ſed non armis: ſic itaque & iuſtitia eiusque adminiſtratio promouenda eſt, ſed tamen non quibuscunque mediis, non ſanè illis, quibus ipſa dicatur iuſtitia, vt per repreſſalias fieri apertum eſt.

*Ad ſecundum* reſpondeo ex delicto magiſtratus, in quod ſubditus non conſenſit, ſubditum non obligari: proinde ſi denegarit, neglexerit aut protraxerit iuſtitiam magiſtratus, non erit propter hoc alteri, cui denegata fuit iuſtitia, ſubditus obligatus, vt qui neque contraxerit, neque deliquerit ipſe, neque in principis delictum conſenſerit, vnde puto argumentum hoc, non modo ineptum & ridiculum, ſed planè etiam abſurdum eſſe.

*Ad tertium* reſpondeo, intereſſe ſubditorum, principem non modò ipſis, ſed exteris quoque ius reddere & iuſtitiam adminiſtrare, ſed non intereſſe ſubditorum quouis modo ad iuſtitiæ adminiſtrationem principem cogi, præſertim cum alia ſuppetant media & remedia, quibus ab ephoris & regni Statibus in officio princeps contineatur.

*Ad quartum*, quod nempe bellum indici poſſit toti terræ & imperio, adeoque etiam ſubditis ob denegatam à principe iuſtitiam: repreſſaliæ verò ſint ſpecies belli: reſpondendum puto, priuatam iniuriam vni alicui, ſaltem illatam, qualis hic eſt denegatio vel protractio iuſtitiæ, non eſſe iuſtam belli cauſam, ſed cauſam belli debere eſſe publicam. Deinde nec Reipublicæ prius moueri & inferri ſolet bellum propter publicam iniuriam, quā ſi iniuriam illatam vindicare neglexerit. Ad hæc diuerſiſſima ratio eſt belli & repreſſaliarum: nam bello petitur princeps qui iniuriam fecit, & illi qui vel expreſſe vel tacitè approbant principis factum eidem opem ferentes. At repreſſaliis petitur ille, & quidem principaliter, qui nec deliquit, nec in delictum vnquam conſenſit: & ſanè in *dict. cap. dominus noſter.* non agitur de bello quod inferatur genti propter iuſtitiam non à principe ſeu magiſtratu, ſed agitur de bello inferendo ob iuſtitiam ab ipſa gente vel ciuitate denegatam aut neglectam: impertinenter itaque ad propoſitum allegatur.

*Ad quintum* reſp. negando conſequentiam: quia non vnius eſt ſubditi, conſtituere & eligere principem, ſed totius populi aut ſtatuum imperii: quin nec ſemper magiſtratus conſtituitur electione, ſed interdum etiam ſucceſſione aliisve modis ad regnum evehitur. Vt proinde ipſi ſubdito nihil imputari poſſit, cur magiſtratus iuſtitiam non adminiſtret, nec ius reddat exteris. Hinc argumentum à procuratore, officium ſuum negligente non procedit; maxime cum procurator non ſolum conſenſu, ſed & mandatu domini aliena negocia adminiſtret *l. 1. ff. de procurator.*

*Ad poſtremum* reſpondeo, propter iuſtitiam vni atque alteri denegatam nō protinus à ſolio deiiciendum eſſe regem; ſed eum demum ab officio deponendum, qui iuſtitiam penitus negligat, nec cuiquam ius ſuum tribuere velit. *Deinde* cum hoc medio iuſtitiæ adminiſtratio in Republica promoueri & conſeruari poſſit, vt nempe magiſtratu, iuſtitiam negligente ab officio remoto, alius in locum ipſius ſurrogetur, qui iuſtitiæ & æquitati ſtudeat, non erit per iniquiſſimum hoc repreſſaliarum remedium ad iuſtitiæ adminiſtrationem cogendus princeps, quo non

tam

Digitized by Google

tam ipſe, quam innocens ſubditus prematur: *Denique* non concedimus in locũ huius Iuſtitiam denegantis, ſubſtitutum ac ſurrogatum eſſe principem, repreſſalias excercentem; maximè quatenus eas excercet, cum non ſint de officio boni magiſtratus, ſed potius aduerſus illud, vti hactenus multis oſtenſum eſt.

Legibus porro oppignorari prohibentur res pupillares, ſiue mobiles fuerint, ſiue imobiles, niſi prætoris decretũ præceſſerit & tutoris authoritas interuenerit neceſſitasque oppignorationem poſtulet. Ita quippe Conſtantinus Imp. in *l. 22. C. de admin. tut. l. ix.* ait, *quæ tutores curatoresque neceſſitate adſtrinxit vt aurum, argentum gemmas, veſtes, cæteraque mobilia precioſa, vrbana etiam prædia & mancipia, domos, balnea, horrea atque omnia, quæ intra ciuitatem ſunt, venderent omniaque ad nummos redigerent, præter prædia & mancipia ruſtica, multum vtilitati minorum aduerſaretur: præcipimus itaque vt hæc omnia nulli tutorum curatorumue liceat vendere, niſi hac forte neceſſitate & lege, qua ruſticum prædium atque mancipium vendere vel pignorare vel in donationem propter nuptias, vel in dotem dare in præteritum licebat, ſcilicet per inquiſitionem iudicis & probationem cauſæ interpoſitionemque decreti vt fraudi locus non ſit.* Tutor tamen res pupillares pignori dari poteſt, ſi in rem pupilli mutuam accepit pecuniam *l. 3. & l. pen. C. ſi aliena res pign. vide quæ ſupra hac theſi ad lit. C. notata ſunt.*

Seruitutes quoque prædiales tam vrbanæ quam ruſticæ abſque prædiis quibus cohærent, pignori dari non poſſe ratio ipſa ſuadet, ſanè pignoris iure alicui ſeruitutes conſtitui poſſe, vt ſcilicet tamdiu creditor eas in debitoris prædio exerceat, donec debitum exſolutum fuerit, dubium non habet *l. 12. ff. de pign.* verum de hac controuerſia prolixius actum à nobis fuit ſupra *volum. 1. diſp. 17. theſ. 12.* quo breuitatis cauſa lectorẽ remittimus.

Pari modo res, per fideicommiſſum vel purè, vel ſub certa die, aut conditione relicta, pignori interim dari non poteſt; ſecus atque res ſub conditione vel die incerta relicta: Id quod his verbis Iuſtinianus Imperator in *l. 3. §. 2. C. comm. de legat.* ſancit: *Sed quia noſtra maieſtas per multos caſus legatariis & fideicommiſſariis proſpexit, actionesque tam perſonales quam in rem & hypothecarias dedimus & in rem miſſionis tenebroſiſſimus error abolitus eſt & ad hanc legem peruenimus. Nemo itaque heres ea quæ per legatum vel purè vel ſub certo die relicta ſunt vel quæ reſtitui aliis diſpoſita ſunt vel ſubſtitutioni ſuppoſita ſunt ſecundum veterem diſpoſitionem putet in poſterum alienanda, vel pignoris vel hypothecæ titulò adſignanda, vel mancipia manumittenda; ſed ſciat hoc, quod alienum eſt, non ei licere, vtpote ſui patrimonii exiſtens alieno iuri applicare, quia ſatis abſurdum eſt & irrationabile, rem quam in ſuis bonis purè non poſſidet eam ad alios poſſe transferre vel hypothecæ pignorisue nomine obligare vel manumittere, vel alienam ſpem decipere: Sin autem auaritiæ cupidine propter ſpem conditionis minimè implendæ ad venditionem vel hypothecam proſiluerit; ſciat quod conditione impleta ab initio cauſa in irritum deuocetur, & ſic intelligenda eſt quaſi nec ſcripta, nec penitus fuerit celebrata vt nec vſucapio nec longi temporis præſcriptio contra legatarium vel fideicommiſſarium procedat.*

Præmia item futuræ victoriæ pignori vel hypothecæ obligari prohibentur in *l. 5. C. quæ res pignori.* vbi Alexander Imperator in hæc verba ſcribit. *Spem eorum præmiorum quæ pro coronis Athletis præſtanda ſunt priuata pactione pignorari minimè admittendum eſt; & ideo nec ſi generale pactum de omnibus bonis pignori obligandis interuenit, tenet:* Etenim ſciendum eſt apud Græcos, vt & Romanos, certamina quædam ſacra fuiſſe, in quibus qui certabant, Athletæ dicebantur: exiſtimabant illi ad Rempublicam & cultum Deorũ ſuorũ pertinere, ſi haberẽt egregios

Qu. 52. *An præmia futuræ victoriæ poſſint oppignorari?*

gios Athletas, qui in honorem Deorum fortiter certarent. Et quo magis id facerent, victoribus propoſitæ erant coronæ, quæ dicebantur ſacræ, *l. commodis. ff. de re iud.* pro coronis præmia & commoda, quæ publice deinde his penſitabantur *d. l. 5. & d. l. commodis.* ſpes horum præmiorum prohibetur, vt dixi, oppignorari: prohibendi ratio ſine dubio hæc fuit, quia præmia publice conſtituta erant, vt excitaretur Athletarum virtus: Hæc autem debilitaretur ſi pignus iſtorum cõmodorum ac præmiorum admitteretur: nam hoc recepto & admiſſo, non erant laboraturi, vt vincerent, cum ſcirent etiam poſt victoriam ſe præmiis victoriæ non fruituros, vtpote quæ redirent ad creditores iure pignoris, non ad ipſos.

Nec obſtat quod talia commoda & præmia capi in cauſam iudicati poſſunt *d. l. commodis. 40. ff. de re iudicat.* cui videbatur conſequens, pignus in illis conſtitui poſſe.

Reſp. Ad hoc enim reſpondet Franciſcus Hotomannus ad *d. l. 5. Codic. quæ res pign.* conſequentiam negando & rationem diuerſitatis in eo conſtituẽdo, quod commoda præmiorum, antequam victori attribuantur, ſint publica, poſtquam decreta ſunt, priuata ſiant, de his autem rebus demum recte negocium geratur, ſubiici dominio ſtatim poſſunt *l. 83. §. ſacram. ff. de verb. obligat.* ac proinde quod ab initio pignus non valuit, ex poſt facto non confirmetur.

Mihi melior videtur Donelli reſponſio, qui ait, in *dict. l. 5.* prohiberi obligari ſpem præmiorum, non ipſa præmia, vt intelligantur futura præmia & nondum quæſita ante victoriam pignorari nõ poſſe, præſentia & iam quæſita poſſe, quia in his quæ iam quæſita ſunt eſſet ſuperior ratio. In *d. l. commodis 40.* ea commoda pignori capi permitti, quæ Athletis præſtantur pro coronis ſacris; vnde facile colligatur eam legem eſſe de præmiis iam quæſitis, quæ ſola iam præſtari poſſunt, non de ſpe præmiorum futurorum.

Rebus porro pignorari prohibitis recte annumerantur etiam res dotales, de quibus primo lex Iulia, poſt Iuſtiniani conſtitutio ſanxit, ne alienentur, vel oppignorentur, quantumuis mulieris conſenſus intercedat *tot. tit. ff. de fund. dotal. pr. I. quib. alien. licet vel nõ l. vnic. C. de rei vxor. act.* prohibitionis ratio hæc eſt, quod per oppignorationem facile fieri poſſet vt res dotales mulieribus interuerterentur, quibus eas conſeruari ſaluas, publice intereſſit *l. 1. ff. ſolut. matrim. l. 1. & 2. Dig. de iure dot.*

Res feudales ſiue in feudum alicui cõceſſæ ſine conſenſu domini ſiue Senioris oppignorari prohibentur Friderici & Lotharii conſtitutionibus in *tit. 52. & 55. lib. 2. feud.* ita quidem vt ſi contra hanc prohibitionem oppignoratæ fuerint, vaſallus illis priuetur. Et ſi enim iam olim feudum pro parte oppignorari potuerit, vti refertur in *t. 9. lib. 2.* id tamen Impp. conſtitutione in *t. 52. & 55.* aperte emendatum eſt. Ratio autem cur prohibitum ſit feudi pignus, hæc eſt, quod oppignoratio feudi ſit ſpecies alienationis: Quia, debitore ſoluente, creditor, cui ad huius ſecuritatem pignus datum eſt, ſolet illud diſtrahere, atque ex pretio, inde redacto, ſibi ſatisfacere, vt patet ex *t. ff. & C. de diſtinct. pignor.* Qua etiam de cauſa à Frider. Imp. pignoris datio inter ſpecies alienationis refertur in *d. t. 55.* Non aduerſatur hic, quod emphyteuta prædium vectigale oppignorare poſſit. *l. 16. §. fin. de pign. act. & l. 33. ff. de pignor.* & vſufructuario quoque permittatur vſumfructum pignori dare *l. 11. de pignor.* Reſp. Nam argumentum ab emphyteuta & vſufructuario ad vaſallum non procedit; quotiens aliquid diuerſi in vaſallo iure feudali expreſſe ſtatutum reperitur, *arg. t. 1. lib. 2. F.* Præterea etiam

Digitized by Google

etiam eſt diuerſa ratio horum omnium. Etſi enim fructus vectigalis vel fructuarius oppignoretur, nihil tamen fit contra finem emphyteuſeos aut vſusfructus. At, feudo oppignorato, finis feudi, ad quem conſtitutum eſt, domino plane interuertitur: quandoquidem vaſallus, feudo priuatus id quod per oppignorationem fieri modo dictum eſt, non amplius poterit domino ſeruitia feudalia, ob quę feudum conſtitutum eſt, præſtare.

Non obſtat etiam, quod vaſallus habeat ius vtendi fruendi re feudali, atque facultatem percipiendi fructus quoſuis, vt ſupra in hoc capite dictum eſt. At fructus ſic etiam pignori dati poſſint, vt dicitur in *l. fin. ff. de vſur.* Reſp. Nam cum fructus hic, qui in pignoris datione conſiſtit, talis ſit, vt à re ipſa, eiuſque alienatione ſeparari nequeat, non intelligitur vaſallo conceſſus: fructus igitur illos percipit vaſallus, qui ſaluo feudo percipi poſſunt.

Qu. 33. *An feudũ hypothecari poſſit?* Sed quid num pari modo & hypothecare prohibetur vaſallus feudum? Negat Ioh. Niell. in *diſp. feud. 6. theſ. 7.* Zaſ. in *epit. feud. p. 9. num. 18.* Curt. Iun. *de feud. part. 4. nu. 95.*

1. Quod nuſquam hypotheca feudi in iure feudali prohibeatur, ſed ſemper nominatim pignus: pignus autem in propria ſignificatione, à qua in dubio recedendum non eſt. *l. 69 de leg 3.* hypothecam non complectatur.

2. Quod ſi nuda feudi hypotheca prohibita eſſet, ob eamq; feudo vaſallus priuaretur, tum corrueret receptiſſimũ & æquiſſimum axioma feudale, quod nẽpe ex nullis cauſis earum quæ in iure feudali recenſentur, feudum amittatur, niſi vaſallus feudi poſſeſſionem aut dominium in alium tranſtulerit.

3. Quod cum feudum non admittatur per nudum pactum de vendẽdo feudo: nec etiam propter hypothecam feudi vaſallus beneficio priuari debeat, & conſequenter feudi hypotheca non ſit illicita.

4. Quod denique in *d. t. 55.* prohibita ſit alienatio, & conſequenter illa oppignoratio, quæ alienationem coniunctam habet: atqui per hypothecam, quæ fit ſine traditione per nudam conuentionem, non fit alienatio, *l. 20. C. de pact. l. 3. de O. & A.* Ergo.

Contrariam opinionem poſt gl. amplectũtur Vult. *lib. 1. de F. c. 10. n. 43.* Sonſb. *p. 12. n. 99. & ſeqq.* Weſ. in *comm. feud. c. 11. n. 5.* Ritersh. in *P. F. lib. 2. c. 3. q. 46.*

1. Quia vbi eadem eſt ratio, ibi quoque eadem ſit iuris diſpoſitio. Atqui eadem ratio, ob quam feudum oppignorari prohibetur, obtinet in hypotheca. Nã idcirco Impp. prohibuerunt oppignorationem, ne poſtea, non ſoluto ſorte debito, feuda ex neceſſitate venderentur. *t. Digeſt. & Cod. de diſt. pign.* hoc autem æque in hypotheca atque in pignore, indubium eſt. E.

2. Quia quæuis alienatio feudi prohibita eſt. Et ideo illa etiam oppignoratio, quæ alienatio eſt *d. t. 55.* Atqui hypotheca eſt alienatio. *l. fin. Cod. de reb. al. non a'ien.* Ergo.

3. Quia pignus feudi in genere prohibitum eſt *d. t. 55.* Atqui hypotheca etiam generali pignoris appellatione continetur. *l. 1. in pr. ff. de pign. act. l. 17. §. 2. ff. de pact.* Ergo, prohibito pignore, etiam hypotheca prohibita cenſebitur.

Nec obſtat, quod hic Niellius regerit, pignoris appellatione hypothecam contineri ſolum reſpectu actionis Seruianæ. *§. item Seruiana I. de act.* Nam vt hoc largiamur Niellio, tamen ad id relinquitur, quod volumus, nempe pignus & hypothecam conuenire in effectu qui eſt pignoris perſecutio, & poſt per conſecutionem diſtractio, atque huius effectus contemplatio pignoris appellatione hypothecam contineri.

4. Quod omnis diſpoſitio atq; omne

commercium de feudo, ex quo reddi poteſt domini aut imperii cōditio deterior vaſallo ſit interdictum *t. 52. & 55. lib. 2. F.* Atqui per commercium hypothecæ fieri deteriorem conditionem domini, indubitatum eſt, & ſatis conſtat ex iis, quæ hactenus dicta ſunt. Ergo feudum nec hypothecæ dari poterit.

Ad contraria argumenta, ſupra recenſita, hoc modo reſpondendum eſt. *Ad primum* pignoris appellatione generali etiam hypothecā contineri *l. 1. in pr. de pign. act. l. 17. §. 2. de pact.* maxime vero cum de actione hypothecaria quæritur. *§. item Seruiana. I. de act.* adeoque de perſecutione hypothecæ, & quæ exinde ſequitur, diſtractione de qua in præſenti potiſſimum quæritur.

Ad *Secundum* reſpondetur. Axioma illud, quo dicitur, quod ex prædictis cauſis vaſallus feudo non priuetur, niſi ſecuta traditione rei feudalis, nuſquam fundari in iure noſtro, & ſatis refelli exemplo vēditionis, quam, etſi à traditione diuerſa ſit, prohibitam eſſe teſtatur. *d. t. 55. lib. 2.*

Ad *Tertium*, Illud procedere à diſparibus; ſiquidem male inuicem comparantur pactum nudum de vendēdo & hypotheca: cū ex hac naſcatur actio creditori ad perſequendā rē hypothecatam, & cōſequenter ad eam, ſolutione non facta, diſtrahendam. *l. 17. §. 2. de pact.* ex nudo autem pacto neque iure ciuili neque iure Canonico actio proficiſcatur, adeoq; hypotheca per conſequentiam alienationem inducat, pactum autem nudum de vendendo non item.

Ad *Quartum*: non ſolum actus illos, ex quibus immediate & in præſenti atque confeſtim alienatio ſequitur prohibitos eſſe, ſed etiā eos, ex quibus aliquando per conſequētiam alienatio ſubſequi poteſt, *d. t. 55. in pr. verſ. habito.* Et ſane rem ipſam videtur habere, qui actionem habet ad rē perſequendam. *L. 15. & 143. de R. I.* Atqui creditor ex conuentione hypothecæ habet actionem ad rem ipſam hypothecatam. Ergo creditor, cui hypotheca conſtituitur, in effectu intelligitur rem ipſam habere, eaque ipſi à debitore tradita cenſetur. Quo etiam reſpectu hypotheca alienatio dicitur. *l. fin. C. de reb. al. non alien.*

Illud notandum eſt quod ex primo decreto in defectum aliorum bonorū miſſio fieri in bona feudalia, & per iſtā miſſionem pignus in bonis feudalibus conſtitui queat, ſic tamen vt tamdiu miſſio iſta habeat effectum & pignus conſiſtat, quamdiu durat ius vaſalli, nec quicquam iuris, quoad ipſum feudum in creditorē transferatur, ſed vaſallo debitore mortuo, tametſi ex fructibus perceptis creditori plene non ſit ſatisfactum, feudum iterum ad dominum vel agnatos pro ſui natura redeat, quibus vaſallus debitori præiudicare non potuit: Soluto enim iure datoris, reſoluitur quoq; ius accipientis *l. lex vectigali fundo. ff. de pignorib.* Gail. *1. obſ. 117.* Qu. 54. *An pignus iudiciale conſtitui poſſit in re feudali?*

Nec obſtat omnis alienatio & oppignoratio feudi diſerte ſit prohibita Lotharii & Friderici conſtitutionibus in *d. t. 52. lib 2. feud.* Et conſequenter illa quoq; pignoratio, quæ fit per immiſſionem in poſſeſſionem bonorum feudalium ex cauſa iudicati iure prohibita cenſeatur.

Recte enim ad hoc argumentum reſpondet Gailius *loco ſupra citato*, prohibitionem iſtam Friderici & Lotharii pertinere duntaxat ad voluntariam & conuentionalem oppignorationem, non vero ad neceſſariam & iudicialem *arg. l. peto §. prædium ff. de legat. 2. l. Senatus. in pr. ff. de legat. 1.*

Illud dubium non habet, quod fructus feudales oppignorari valeant, nullo etiam domini conſenſu interueniente: *Tum* quia fructus feudales non annumerantur bonis feudalibus, ſed allodialibus: *Tum* quia conſtitutiones Friderici & Lotharii loquuntur de rebus ipſis ac prædiis feudalibus non alienandis

& ideo

Digitized by Google

& ideo ad fructus feudales extendi non debent, cum pœnales ſint & odioſæ, ac proinde per interpretationem reſtringẽdæ potius, quam extendẽdæ *c. odia. de reg. iur. in ſext.* *Tum* denique quia nuſpiam in iure oppignoratio fructuum feudalium prohibita reperitur: in omnibus autem rebus pignus conſtitui poſſe ſupra eſt dictum, quæ exceptæ non reperiuntur.

Qu.35. *An oppignorari poßint inſtrumenta agricultura ruſtica?*

Inſtrumenta quoque ad agriculturam deputata non poſſe oppignorari opinatur Treutlerus noſter, idque cautum exiſtimant *l.7.l.8.& ſeq. Authent. Cod. qua res pign. obligar.* vbi ita Impp. reſcribunt: *Executores à quocunque iudice dati ad exigenda debita ea, quæ ciuiliter poſcuntur, ſeruos, aratores aut boues aratorios aut inſtrumentum aratorium pignoris cauſa de poſſeßionibus non abſtrahant, ex quo tributorum illatio retardatur. Si quis igitur interceſſor, aut creditor, vel præfectus pagi, vel vici vel decurio in hac re fuerit detectus æſtimando à iudice ſupplicio ſubiugetur. pignorum gratia aliquid, quod ad culturam agri pertinet, auferri non conuenit.*

*Agricultores circa rem ruſticam occupati, dum villis inſident, dum agros colunt, ſecuri ſint in quacunque parte terrarum; ita vt nullus inueniatur tam audax, vt perſonas, boues & agrorum inſtrumenta, aut ſi quid aliud ſit, quod ad agrorum operam ruſticam pertineat, inuadere aut capere aut violenter auferre præſumat: Si quis autem huiuſmodi ſtatutum auſu temerario violare præſumſerit, in quadruplum ablata reſtituat & infamia notam ipſo iure incurrat; imperiali animaduerſione nihilominus puniendus.*

Ex hiſce itaque Imperialibus conſtitutionibus colligendum videtur Autori noſtro, quod Inſtrumenta, ad agriculturam pertinentia, non poſſint ab agricolis oppignorari. Veruntamen ſi verba iſtarũ conſtitutionũ diligentius conſiderentur, manifeſte deprehendetur illis non prohiberi agricolas inſtrumenta ſua ruſtica oppignorare, ſed id ſolum agi, ne executores rerum iudicatarum, inuitis agricolis, inſtrumenta illorũ ruſtica pignori capiant, neue in ea immiſſio fiat pignusq; iudiciale conſtituatur. ſi proinde ruſticus ſponte velit inſtrumenta ſua ruſtica pignori dare, non prohibetur: idq; ſatis dilucide colligitur ex verbis prædictarum conſtitutionũ, quibus prohibetur ne *ipſa res abſtrahantur de poſſeßionibus, ex quo tributorum penſitatio retardetur.* Vetant igitur præſtare conſtitutiones eas res pignoris iure auferri: vnde intelligitur ſi agricolæ eas res ſponte ſua pignori dederint pign⁹ conſiſtere: non enim aufertur quod quis volens tradit. *Deinde* vetant conſtitutiones auferri iſtas *res de poſſeßionibus*: Ex quo rurſum colligitur, etſi iſtæ res pignori obligatæ ſint creditori neq; traditæ, tamẽ pignus non inutiliter conſtitui: nam à creditore vendi poſſunt, dummodo iis vendantur qui in eadem villa, in eadem poſſeſſione iſtis rebus ad agros colendos vtentur: ſic enim fiet ne res iſtæ de veteri poſſeſſione auferantur, quod ad ſententiam legis ſatis eſt. Quocirca Iuſtinianus prohibet dũtaxat pignus neceſſarium & iudiciale à magiſtratu inſtrumentis ruſticis & agriculturam pertinentibus conſtitui pignus autem conuentionale & voluntarium ab ipſis agricolis conſtitui non prohibet.

## Resolvtio Theſis Sextæ.

Lit. A. Qu.36. *An iure Saxonico oppignorationes rerũ immobilium conſenſu*

Sicut cæteris contractibus aliis poteſt dies vel conſtitutio *§. omnis. I. de verb. obligat.* Ita quoque pignoris contractus diem & conditionem recipit, *l.4. ff. de pignerib.* Quin & pactiones licitæ & honeſtæ huic contractui apponi poſſunt, quæ naturam ipſius alterent atque reforment *per tot. tit. Codice de pact. pignor.* Hinc cum ex ſtatuto Saxonico oppignorationes rerum immobilium ſine conſenſu

magi-

*magiſtratus ad certum tempus facta, vltra iſtud tempus valeant?* magiſtratus non valeant, magiſtratus autem ad certum plerumque tempus, ad biennium videlicet, triennium, vel quadriennium oppignorationibus aſſentiatur, quæritur vtrum limitatus hic ad certum tempus adſtrictus conſenſus, vltra terminum præfixum extendatur? Pro negatiua ſententia hæc facit ratio, quod conſenſus magiſtratus, præſertim ad certum tempus reſtrictus eſt limitatus, ſtrictè ſit accipiendus.

2. Cui & hoc fundamentum accedit, quòd actus agentium vltra illorum intentionem nihil operetur; Intentio autem magiſtratus vt & oppignorantis hæc ſit, vt vltra tempus definitum & terminum præfixum non debeat pignus valere. Igitur contra hanc illorum intentionem non debet vlterius conſenſus iſtius fieri prorogatio.

3. Denique, ſi conſenſus vltra præfinitum tempus valeret, adiectio temporis nil omnino quicquam operaretur, atque ſic fruſtra tempus expreſſum foret.

Cæterum, hiſce rationibus non attentis, contraria ſententia placuit Danieli Mollero qui 4.*ſem.24* pro ea hanc maximè vrget rationem, quòd tempus non ſit modus conſtituendi aut tollendi obligationes *l.obligationum fere. de obligat. & act.* Et ideo obligatio pignoris non finiatur tempore adiecto iam præterlapſo.

Quæ tamen ratio mihi non videtur tanti ponderis & momenti vt à priori opinione, rationibus dilucidiſſimis vallata, recedi debeat.

Id quod ipſe quoque Mollerus nolens volens agnoſcere cogitur, dum ait ſuperiorem rationem ad propoſitum ideo nõ facere, quia hic agatur non de obligatione, ſed de acceſſoria hypothecæ finienda, quæ in propoſito non tam curſu temporis, quam defectu conſenſus domini ſiue magiſtratus ſublata ſit, & inſuper creditori imputari debeat; quod ante finitum primum diem ſolutionis vlteriorem domini conſenſum non petierit.

Quin & ideo non obſtat ſuperius argumentum priori Autoris noſtri opinioni, quia, quod in *d.l.obligationum ferè* §.1.dicitur, tempus non eſſe modum finiendi obligationes, id ita intelligendum eſt, quòd curſu temporis ipſo iure obligationes non finiantur nec tollantur, ſed extinguantur tamen oppoſitâ exceptione, vel replicatione; Et ita Cuiac. *d.*§.1.interpretatur.

Et Quanquam ſecundum poſteriorem opinionem, teſtante Mollero, præiudicium quoddam extet, huiuſmodi tamen præiudicia, quia facti ſunt; contra iuris rationem euidentem nihil perficiunt.

Dixi ſupra pactiones poſſe & ſolere adiici contractui pignoris, illarum ſpecies quædam eſt *pactum Antichreſeos*, quod à recentioribus rectè definitur *pactum pignoris contractui adiectum, quo inter debitorem & creditorem conuenit, vt donec pecunia ſoluatur, creditor ex fundo pignorato in vicem vſurarum fruges percipiat.* *Lit.B.*

*Qu. 37. An pactio antichreſeos quædam ſit tacita?* Hanc autem Antichreſeos conventionem vulgò duplicem faciunt, expreſſam & tacitam: Cuiacius ad *l.14.C.de vſur. & lib 8.obſeruat.17.*Borcholt.*de vſur c.6.*

Expreſſam eam vocant, quæ expreſſa conuentione & pactione conſtituitur, quando videlicet inter creditorem & debitorem conuenit expreſſe, vt vicem vſurarum re ſibi pignorata vtatur fruatur & fructus lucretur atque retineat: cuius expreſſe Antichreſeos exemplum extat, in *l.17.C.de vſur.*

Tacitam verò antichreſin appellitant, quæ conſtituitur tacita conuentione & pactione, quando quidem expreſſe inter debitorem & creditorem de fructibus ab ipſo vſurarum loco lucrandis & percipiendis nihil omnino conuenit, ſed creditor pecuniam ſine vſuris debitori credidit, Tunc enim hoc tacitè inter vtrumque

que

Digitized by Google

que conueniſſe aiunt, vt creditor fructus rei oppignoratæ percipiat & lucretur in vicem & recompenſationem vſurarum.

Sed vtrũ diſtributio hæc antichreſeos ſuſtineri queat, & an tacita quædam antichreſis detur, rationes dubitandi non deſunt: quod enim omnis antichreſis expreſſa conſtituatur conuentione, & ſic non reperiatur quædam antichreſis tacita, ſiue per conuentionem tacitam cõſtituta, contendit Franciſcus Hotomannus in *Epitom. Iuris. tit. in quibus cauſ. pign. vel hypoth. tacita. numer. 8. & ad l. 1. Cod. de pign. act.* mouetur autem rationibus non omnino contemnendis, ſed plane ſpecioſis.

Nam primo adducit *l. 17. Codic. de vſur.* In qua Philippus Imperator ita demum creditori concedit pignoris vſum, ſi ea lege fuerit pignori datus, vt creditor eo in vicẽ vſurarum vteretur frueretur: vnde ſatis perſpicue relucere videtur, quod ſi ea lege, conuentione & pactione pignus non fuerit datum, creditori integrum non ſit retinere pignoris fructus, nec ei antichreſis conſtituta cenſeatur.

2. Accedit huic, quod abſurdum videatur creditori, qui pecuniam gratuitam debitori credidit, in vſurarum vicem fructus pignoris deberi: ſic enim gratuita pecunia non credita, & creditor retinendo fructus pignoris, contra pactum veniret: nec enim gratuitum illud poteſt dici, pro quo aliquid viciſſim retineri vel exigi poteſt: gratuitum quippe illud dicitur, cuius cauſa nullum pretium nulla merces debetur *l. 78. §. quod ſi alienauerit. Digeſt. de iure dot.* Quod ſi itaque hoc actum eſt inter creditorem & debitorem, vt hic gratuita creditoris pecunia vteretur, non poteſt certe ab eo vſura vel aliud quippiam vſurarum loco exigi.

3. In *l. 1. 2. & l. vlt. Cod. de pignorat. act.* ſancitur, quod fructus rei pignoratæ ad creditorem non ſpectent, ſed aut debitori reſtituendæ aut in ſortem computandę veniant, ſic vt debitum minuant, extenuent, exonerent. Quo iure itaque retinebit ſibi creditor fructus, quando non ea lege fundus ipſi oppignoratus eſt?

4. Pro confirmanda Hotomanni ſententia videtur etiam facere textus in *l. 4. & l. 22. Cod. de vſur.* quæ leges innuere videntur, vſuras ſiue fructus rei pignoratæ non poſſe retinere, niſi de illis conuenerit: Ad Antichreſin itaque conſtituendam neceſſaria videtur eſſe pactio expreſſa.

Cæterum ego hiſce fundamentis in tantum non moueor, vt à communi Dd. opinione duplicem antichreſin conſtituente diſcedam, & Franc. Hotoman. ſententiæ ſubſcribam.

1. Quod enim tacita quædam ſit antichreſis euidenter probat *l. 8. Dig. in quib. cauſ. pign. tac. contrahit.* ibi enim Paulus propterea creditori ius vtendi pignore tribuit, quia debitor gratuita pecunia vtitur: expreſſa proinde conuentio ad antichreſin conſtituendam neceſſaria non eſt, ſed ſufficit quod gratuito mutuo data ſit pecunia.

Non quidem me latet Franciſc. Hotomann. textum *d. l. 8.* emendare, particulam Non negatiuam textui inſerere, & pro hiſce verbis (cum debitor gratuita pecunia vtatur) legere, cum creditor gratuita pecunia Non vtatur, vt ſenſus legis ſit, cum debitor pecuniam ſub fœnore mutuam acceperit, nihil vetare quo minus creditor, cui fortaſſe de ſorte iam ſatisfactum eſt, poſſit de fructibus rei ſibi pignoratæ retinere vſuras, hoc eſt, tantum fructuum retinere, quanta ſumma eſt vſurarum ſibi debitarum, dum tamen intra modum legitimum vſurarum eos retineat.

Sed quis non animaduertit interpretationem hanc non modo eſſe violentam & conſtanti omnium tam impreſſorum,

H quam

quam Manuſcriptorum exemplariũ contrariam, ſed etiam mera diuinatione niti.

Nec ea defenditur ratione, quæ ſupra referebatur, quod nempe gratuito non poſſit dici ea pecunia eſſe credita, pro cuius vſu viciſſim aliquid debetur.

Nam obſeruandum eſt in *d. l. 8.* gratuitã dici pecuniam non abſolute nec ſimpliciter, ſed reſpectiue nempe reſpectu vſurarum, quas ſibi præſtari creditor ſtipulatus vel pactus non eſt; alioquin ratione & contemplatione fructuum, quos vi tacitæ pactionis percipit creditor pecuniam gratuitam dici non poſſe ipſemet ſponte & liberaliter concedo.

2. Tuetur hanc ſentẽtiam etiam manifeſta æquitas: cum enim mutuum gratuitum eſt, &, vt ICtus loquitur, gratuita pecunia debitori eſt credita, æquum eſt, vt quemadmodum debitor fructus pecuniæ ſuos facit, ita viciſſim æquum videatur, vt creditor pignoratæ rei fructus ſuos faciat, ne deterioris conditionis ſit creditor quã debitor, neue creditori officiũ humanitatis, ꝙ mutuando pecuniam pſtitit debitori ei detrimẽtoſum euadat.

3. Eadem ſententia non parum confirmatur *Lex prædiis C. de vſur.* vbi creditor poſt oblatam pecuniã fructus percipiens debitum exonerare cogitur: vnde argumento à contrario ſenſu deducto probabiliter colligitur fructus, ante oblationẽ à creditore perceptos, debitum non exonerare, nec in ſortem imputari, ſed cedere lucro creditoris.

Conatur quidem Franc. Hotoman. *d. l. ex prædiis.* cum Accurſio ad eum reſtringere caſum, quo nominatim conuenit, vt creditor fructus vſurarum loco perciperet, ſed generalitas textus huiuſmodi reſtrictioni nimium reſiſtit.

Non me torquent argumenta Hotomanni ſupra enumerata: nam primò largior Hotomanno in *d. l. 17. Cod. de vſur.* per legem intelligi conuentionem; verũ obſeruari debet duplicem eſſe conuentionẽ, expreſſam & tacitam; hoc igitur in *d. l. 17.* Imp. Philippus, quod ſi conuentio de vſuris à creditore percipiendis, ſiue expreſſa, ſiue tacita fuerit interpoſita, eam ſcindi & retractari non poſſe propter maius perceptum emolumentum. Et ſanè quotiens debitor, qui gratuitam accepit pecuniam, creditori ſuo in pign⁹ fundum tradit, ea tacita lege cenſetur fundum dediſſe, vt eo creditor vteretur. Deinde reſtringi hæc lex poteſt ad eum caſum, quo creditor non mutuauit gratuitam pecuniam, Tunc quippe fatemur nõ poſſe lucrari fructus, niſi ita cum debitore conuenerit.

Ad ſecundum Hotomanni argumentum iam ſupra reſpõſum videtur, quod in *d. l. 8.* certo duntaxat reſpectu gratuita pecunia credita dicatur, reſpectu videlicet vſurarum, quas præſtari ſibi pro vſu creditę pecuniæ creditor à debitore ſtipulatus aut pactus non fuerat.

Ad tertiũ argumentum ex *l. 1. 2. & vlt. C. de pign. act.* depromptum, reſpondetur, fructus à creditore retinere & percipi non poſſe, niſi conuentione hoc fuerit inter creditorem & debitorem actum. *l. 17. C. de vſur.* Hæc autem conuentio duplex eſt, tacita & expreſſa, vt ſupra demõſtrauimus. Deinde pertinent iſtæ ll. ad eum caſum, quo pecunia gratuita non eſt credita: & ita eas interpretari iubet *d. l. 8. ff. in quib. cauſ. pign.*

Ad poſtremum ex *l. 4. & 22. C. de vſur.* petitum recte ad illud reſpondet Borcholdt in illis ll. nõ dici, fructus retineri, niſi de illis retinendis conuenerit, ſed aſſeri ſolum, niſi de vſuris præſtandis conuenerit, non poſſe rem pro ſorte oppignoratã propter vſuras retineri: deinde poſito eo, ꝙ velint fructus retineri nõ poſſe niſi de illis retinendis conuenerit, non tamen id nobis aduerſabitur: quia conuentio tacita etiam eſt conuentio. *l. 2. 3. & ſeqq. Digeſt. de pact.* Tacite autem de fructibus à creditore retinendis & percipien-

Digitized by Google

empendis conueniſſe intelligitur, quando creditor ſine vſuris pecuniam credit &debitor gratuito vtendam accipit, *d. l 8.*

Qu. 38. *An pactũ Antichreſeos excedere poſſit legitimũ vſurarum modum?*

Illud porro per difficilis & intricatæ eſt quæſtionis, anne Antichreſis quatenus excedit legitimum vſurarum modum ſuſtineri queat?

Pro Affirmatiua ſententia facit *1. textus in l. 17. Cod. de vſur.* vbi Imp. Philippus in hæc verba reſcribit: *Si ea lege poſſeſſionem mater tua apud creditorem ſuum obligauit, vt fructus in vicem vſurarum conſequeretur obtentu maioris percepti emolumenti propter incertum fructuum euentum reſcindi placita non poſſunt.*

Ecce hic non ſolum dicitur pactum Antichreſeos non debere reſcindi obtentu maioris percepti emolumenti, ſed ratio etiam huius aſſignatur, quod nempe prouentus fructuum plane ſit incertus & ob id vnius anni vbertas & fæcunditas ſit cum alterius anni ſterilitate compenſanda; id quod etiam rationi naturali conuenit, quæ ſuadet vt eum ſequantur commoda, quem incommoda ſequuntur *l. ſecundum ff. de reg. iur. in ſext.*

Quocirca etſi fortaſſis huius anni tanta ſit vbertas, vt fructus fundi oppignorati excedant modum legitimarum vſurarum, quia tamen fieri poteſt, vt ſequatur proximo anno tanta ſterilitas, vt modum legitimum vſurarum fructus nõ adæquent, vel etiam talis ſterilitas hunc annum fæcundum præceſſerit, ideo fructus hoc anno excedentes modum vſurarum in ſortem computari æquitas non patitur.

2. Accedit huic etiam textus in *l. 11. §. 1. ff. de pign.* vbi abſolute & ſimpliciter dicitur, vi pacti antichreſeos loco vſurarum retineri & percipi fructus pignoris, nec quicquam diſtinguitur, vtrum excedant fructus modum legitimum vſurarum, an verò non.

3. Adde, quod fructuum acceſſio & emolumentum, legitimum vſurarũ modum exuperans, creditori autoramenti precii loco pro laboribus, quos in fundi oppignorati culturam inſumſit, applicandum eſſe videtur *arg. d. c. qui ſentit 55. de R. Iur. in ſext.* cum fructus dicantur non modo deductis impenſis, ſed & iuſta mercede laboris *l. 46. ff. de vſur. l. 36. §. fin. ff. de petit. heredit.*

4. Atque huc etiam facere videtur *l. 14. Cod. d. vſur.* cuius hæc ſunt verba: *Si ex pactione vxor tua mutuam pecuniam dedit, vt vice vſurarum domum inhabitaret, pactoq́; ita, vt conuenit, vſa eſt, non etiam locando domum penſionem redegit, referri quæſtionem quaſi plus domus redigeret ſi locaretur, quam vſurarum legitimarum ratio colligit, minime oportet.*

5. Præterea inter Antichreſis conuentionem & locationem magna eſt affinitas; ſiquidem vſuræ ſortis legitimæ, quas debitor alias quotannis creditori ſoluere compelleretur, vicem mercedis, in locationis contractu neceſſariæ, ſupplere videntur *arg. l. ſi ea pactione. 14. C. de vſuris*, vel etiam antichreſis retrouenditionis contractui aſſimilari compararique poteſt: iam vero etſi conductor ob fructuum prouentum vltra mercedem aliquid perceperit, tamen illud lucrum ei non aufertur, multo minus prætextu minoris penſionis reſcindi locatio poteſt *l. 23. l. 25. §. vis maior. 6. Dig. de locat. conduct.* Nec emptio-venditio fit irrita, licet res empta plus emolumenti, quam pretium fœnori occupatum adferat: cum naturaliter conceſſum ſit quod pluris eſt, minoris emere & quod minoris, pluris vendere & ita ſe inuicem circumſcribere *l. 16. §. Pomponius ait. ff. de minorib.* Niſi læſio vltra dimidiũ interuenerit *l. 2. l. ſi voluntate. 8. C. de reſcind. vendit.*

6. Adhæc particularem ſolutionem, velut plurima incõmoda habentem, nemo inuitus admittere cogitur *l. 3. Dig. familia hercisc. l. 41. §. 1. Dig. de vſur.* Ergo nec creditor pacto antichreſeos vrgendus

 eſt vt

eſt vt fructibus, pignoris ſorti imputatis, eam quam vna vice numerauit, pecuniam ex fructibus plurimorum annorum colligat.

7. Idem quoque confirmat quod Bald, in *l.1.C.de diſtract.pign.* ait, pactum de lucrandis fructibus, vſurarum loco, validum eſſe in cauſis, in quibus iure pontificio vſuræ ſunt permiſſæ vt in *capit. ſalubriter c. conqueſtus. de vſur. Authent. Adhac. C. de vſur.* cum igitur pleriſque in locis hodie generaliter vſuræ ſemiſſes & quincunces tolerentur ac permittantur, non erit illicita vel iniuſta antichreſeos lex & pactio cenſenda.

8 Hinc etiam Iuſtinianus Imperator quanquam certum modum vſuris præſcripſerit *Leos Cod. de vſur.* non tamen propterea antichreſeos pactionem iure vetuit, vel prohibuit, præterquã cũ agricolis, *Novell. 32. & 33.*

9. Confirmatur porrò hæc ſententia auctoritate doctiſſimi ICt. Carol: Molinæi qui in *tractat. de vſur. n. 259. cum ſeqq.* antichreſin temporariam, quam vocat, in emptionis quoque redituum contractu admittit, ſi videlicet venditor redituum, qui prædibus idoneè cauere non potuit, emptori fundum, ex quo reditus vendidit, interim pignori tradit, donec fideiuſſorem dederit vel conſtituerit. Secus eſſe putat ſi fundi vſus inuicem redituum annuorum emptori concedatur, donec is à venditore reluatur vel redimatur; quam appellat antichreſin perpetuam, quod & probat Andre. Gailius *lib. 2. obſeruat. 3.*

10. Quin etiam eandem hanc ſententiam approbat Matthæus Weſenbecius *conſ. l. 8. n. 48.* vbi ait: Antichreſeos contractum conſuetudine iam eſſe receptum, & proinde pro vſurario non habendum: conſuetudo ſiquidem omnem contractum corroborat, & ab omni ſpecie illiciti reddit alienum *Gloſſ. in cap. Ad Apoſtolicum extr. de Simonia.*

Hiſce decem argumentis demonſtrare quidem conantur, quòd antichreſis, etiamſi modum legitimarum vſurarum, qui definitus ac determinatus eſt in *lege eos Cod. de vſur.* excedat, non tamen ſit illicita, nec fructus, ex prædio oppignorato vltra modum iſtum percepti, in ſortem imputentur.

Contrariam tamen ſententiam non parum roborare videtur *l. 1. §. pacto. 3. Digeſt. de pignorib.* vbi Papinianus ita ſcribit: *Pacto placuit vt ad diem vſuris non ſolutis, fructus hypothecarum vſuris compenſarentur fini legitimæ vſuræ* quocirca creditor fructus in vicem vſurarum percipit ad finem, ſiue modum vſurarum legitimarum.

2. Et hoc ipſum clarius adhuc exprimitur in *L. 8. ff. in quib. cauſis pign.* vbi Paulus ait: *cum debitor gratuitâ pecuniâ vtatur, poteſt creditor de fructibus rei ſibi oppignoratæ modum legitimum vſuræ retinere:* Ecce hîc quoque diſertè ſancitur ad modum duntaxat vſuris legibus præfinitum fructus à creditore antichreſeos loco retineri poſſe.

3. Pro confirmatione huius ſententiæ facit inprimis & hæc ratio, quod ſurrogatum ſapiat naturam eius cui ſurrogatum eſt: iam vero antichreſin eſſe in locum vſurarum ſurrogatam ex eo intelligitur, quod fructus vi antichreſeos dicuntur in vicem vſurarum percipi *lege 17. Codice de vſur.* item in vſuras percipi *lege 11. §. 1. Digeſt. de pignorib.* Quocirca, ſicut vſuræ illicitæ ſunt, quatenus excedunt modum illis à legibus præfinitum; ita quoque illicita erit antichreſis, quatenus modum iſtum legitimum vſurarum excedit.

4. Quicquid circumuenit legem, vſuris modum præſtituentem, & fit in

frau-

fraudem eius, occaſionemque præbet eandem eludendi, illud illicitum eſt *lege 30. Digeſt. de legib.* atqui, admiſſa antichreſi, modum vſurarum excedente, lex & imperialis conſtitutio, quæ modum & quantitatem vſurarum determinauit, circumueniretur, cederetque huiuſmodi antichreſis in fraudem eius, ac præberet exoptatiſſimam occaſionem hominibus auaris legem de vſuris eludendi; id quod anè negari non poteſt; Quocirca antichreſis, quatenus ſuperat legitimam vſurarum quantitatem, erit illicita, nec in Republ. bene conſtituta toleranda.

Haſce duas opiniones, planè contrarias, vt & textus iuris inuicem pugnantes variis diſtinctionibus conciliare Interpretes nituntur.

Etenim Andreas Rauchbarus, eximiæ eruditionis ICtus, *part. 1. quæſtione iuris ciuilis & Saxonici quæſt. 20. n. 38. & ſeq.* circa propoſitam controuerſiam diſtinguit; vt ſi fructuum perceptorum emolumentum nimium excedat vſurarum modum, tunc antichreſis, quoad magnum hunc exceſſum, ſit illegitima, &, tanquam vſuraria, habeatur pro illicita: Sin vero exceſſus non ſit nimius, ſed modicus, tunc antichreſis non habeatur pro illegitima & illicita, ratione iſtius exceſſus, quia modicum non ſoleat attendi vel curari *lege 4. Digeſt. de in integr reſtit. l. 9. ff. de dolo malo.* cum ſimilibus. Et immenſus ſiue immodicus demum exceſſus cedat in fraudem legum, certum modum vſuris imponentium.

Sed hæc diſtinctio Rauchbari, quod bona pace doctiſſimi viri dixerim, difficultatem non tollit, nec diſcordantes textus in concordiam redigit: quia *dict. lege §. pacto Digeſt. de pignorib. & dict. leg. 8. Digeſt. in quib. cauſis pign.* ad finem & modum vſuris præſcriptum antichreſis expreſſe reſtringitur, proinde contra legum præſcriptum non poteſt antichreſis, ne teruncio quidē, excedere modum iſtum.

2. Sicut vſurarum exceſſus, etiam minimus, conſtitutionibus Imperii repugnat & pro illicito ac illegitimo habetur, ita quoque exceſſus antichreſeos, vt quæ vice vſurarum ſit *lege 17. Codice de vſur.* & in vſuras percipiatur *l. 11. §. 1. ff. de pigner.*

Nec ad rem facit Rauchbari fundamentum: Nam quod rem etiam minimam curet prætor probat *pr. l. de vi bonor. rapt. §. Gallinarum 1. de rerum diuiſ. & vide quæ de hac quæſtione tradidi ſupra volum. 1. diſp. 11. theſ. 2. quæſt. 10.*

Iacobus Cuiacius *lib. 8. obſeruat. 17. & ad l. 14. Cod. de vſur.* diſtinguit inter antichreſin tacitam & expreſſam, ita vt tacita antichreſis ſeruet modum vſurarum; expreſſa vero antichreſis non item. Et de tacita antichreſi vult intelligi *dict. l. 8. ff. in quibus cauſis pign. tac. contrah.* de expreſſa vero *d. l. 17. C. de vſur.*

Cæterum, præterquam quod Cuiacius huius ſuæ diſtinctionis fundamentum ſolidum non adducit, refellitur quoque manifeſte hac ratione, quod rationes, ob quas ſupra oſtendimus antichreſin non poſſe excedere legitimum modum vſurarum, æque in antichreſi expreſſa atque in tacita locum obtineant: Sicut enim antichreſis tacita loco vſurarum eſt & in vicem vſurarum percipitur, & ob id non poteſt modum vſurarum excedere; ita quoque expreſſa antichreſis eſt loco vſurarum & vicem illarum ſubit *l. 17. C. de vſur.* quam legem ipſe quoque Cuiacius de expreſſa antichreſi interpretatur. 2. ſicut antichreſis tacita cederet in fraudem legis, modum vſuris præſtituentis, ſi excederet vſurarum modum; ita quoque expreſſa antichreſis, excedens vſurarum modum legitimum.



Digitized by Google

3. Vt taceam, quod nulla conuentio, in fraudem legis facta, valeat, ſed ipſo iure nulla ſit & pro infecta habeatur, perinde ac ſi expreſſe contra legem facta eſſet, *dict. lege 30. Digeſt. de legibus.* Iam vero conuentio iſta per quam antichreſis vltra modum vſurarum conſtituitur expreſſe, in fraudem legis cederet atque contractum pignoris vſurarium redderet.

Mihi arridet ſententia Donelli & veritati omnino conſona eſſe videtur: Hic autem ad *L. 7. Codice de vſur. numer. 1.* hoc modo diſtinguit, vt ſi conditio ea ſit fundi oppignorati, vt communiter certum ſit ac certo conſtet ex eo quotannis, etiam magna incidente ſterilitate, plures fructus colligi ac percipi poſſe, quam efficit vſura legitima, conuentio non ſit ſeruanda in eo, quod modum legitimum excedit: Finge vſuras creditæ pecuniæ eſſe ad decem; vineam pignori datam eſſe ex qua ad minimum colligatur fructus ad viginti, hic quicquid fructuum præter decem percipitur à creditore, id in ſortem imputari, aut debitori reſtitui debebit, quia tunc aperte fructuum perceptio eſt in fraudem vſurarum legitimarum, nec vlla incertitudo, quæ eam conuentionem tueri debeat; Sin vero prouentus fundi annuus incertus eſt, ita vt facile fieri poſſit, vt tantum fructuum non proferat, quod vſuras legitimas exæquet, eo caſu æquiſſimum eſt fructus, etſi hoc anno plures prouenerint, quam efficit ſumma vſurarum, in ſortem non imputari, ſed lucro & emolumento creditoris cedere, quia vnius anni vbertas compenſari debet cum alterius anni ſterilitate *l. ex conducto 15. § 2. & 3. Digeſt. locat.* Hæcque compenſatio facit vt fructus non poſſint dici exceſſiſſe vſuras dum illi cum prouentu minore aliorum annorum, aut certe cum periculo prouentus minoris aliorum annorum conferuntur. Accedit quod ſecundum naturam eſt, commoda cuiuſque rei eum ſequi, quem ſequuntur incommoda *l. ſecundum de reg. iur.* At in propoſito ſi pauciores fructus percipiantur creditoris incommodum eſt, non enim debitor ſupplere debet quod deeſt amplius. Proinde ſi plures aliquando percepti erunt commodum creditoris eſſe oportet. Quinimo, etſi vno tantum anno hæc perceptio ſteterit, tamen propter ſpem incertam prouentus æqualis, æqua & iuſta conuentio eſt, quia tam poſſunt pauci fructus percipi pro debitore quam plures pro creditore: Hæc ſpes mutua incerta æqualitatem inducit, propter quam conuentio ſeruatur. Et hanc ſententiam diſerte confirmat *dict. l. 17. Codice de vſur.* vbi ratio hæc adducitur, ob quam antichreſis, quatenus modum vſurarum legitimum excedit, ſubſiſtat, nec illicita reputetur, quia videlicet incertus ſit fructuum prouentus.

Neque huic ſententiæ quicquam repugnat *l. 11. § 1. Digeſt. de pignoribus.* Etſi enim ibi abſolute & ſine diſtinctione permittatur creditori fructus rei oppignoratæ in vicem vſurarum percipere, neceſſario tamen, ſecundum ſuperiorem diſtinctionem, in iure & æquitate fundatam, textus ille accipi debet: Deinde hoc ipſo, quod in eo dicitur fructus pignoris in vſuras percipi, ſatis ſignificatur vltra modum vſurarum fructus iure antichreſeos percipi non poſſe, niſi prouentus fructuum ita, vt diximus, ſit incertus: quicquid enim in vſuras ſeu vſurarum loco percipitur, id non poteſt modum à lege vſuris præſcriptum excedere.



Digitized by Google

Ad rem etiam non facit, quod fructuum emolumentum, in recompenſationem laboris, in culturam prædii oppignorati impenſi, relinqui debeat creditori: hoc enim, præterquam quod nullibi in iure ſcriptum reperitur, hac etiam ratione euidenter refellitur, quod creditor ſemper fructus percipere & lucrari debeat, quod tamen falſum eſſe & abſurdum, manifeſtiſſimis iuris noſtri principiis edocemur.

Minus vero obſtat ſententiæ & diſtinctioni Donelli *l. 14. Codice de vſur.* nam non loquitur de antichreſi, de qua nobis in præſentiarum ſermo & diſputatio eſt, ſed loquitur de conuentione iſta, qua conuenit vt pro vſura habitatio concederetur, & quæritur vtrum valeat hæc conuentio, ſi merces quæ ex locatione recte redigi poterat excederet modum legitimarum vſurarum? Et reſpondetur per diſtinctionem hoc modo: Aut creditor ipſe domum inhabitat: Aut ex locatione eius penſionem percipit: vt hoc caſu, ſi eam domum locet & penſio legitimum vſurarum modum excedat, conuentio intra finem legitimæ vſuræ reuocari, & quod amplius exactum fuerit, ſorti imputari debeat: Sin autem creditor ipſe domum inhabitauerit, tum quod vltra modum vſurarum ex mercede redigi potuiſſet, in ſortem non imputetur, quia vilius conducta cenſeatur domus: locatio autem & conductio valeat, etſi locator læſus fuerit *l. 22. §. vlt. & l. ſeq. ff. de locat. conduct.*

Non magis aduerſatur noſtræ diſtinctioni affinitas illa, quæ ſupra dicebatur inter locationem conductionem & antichreſin intercedere; itemque inter antichreſin & emptionem venditionem ſub pacto retrovenditionis factam: hæc quippe affinitas nondum ſatis comprobata fuit & ea præſuppoſita, conſiderandum &; illud eſt quod antichreſis longe maiorem habeat cum vſuris, quam cum præfatis contractibus conuenientiam, quia vicem vſurarum ſupplet antichreſis *dict. l.* 17. *Codice de vſur.* & quia in vſuras, ſiue, quod idem eſt, vſurarum loco percipi fructus ex antichreſi dicuntur *l. 11. §. 1. ff. de pignoribus.*

Etſi proinde locatio & conductio propter qualem qualem læſionem non reſcindatur, nec illicita aut illegitima efficiatur, quia tamen vſuris certus modus eſt imperialibus conſtitutionibus impoſitus, ideo propter maximam conuenientiam, quam antichreſis cum vſuris habere dicitur, & ipſi, antichreſi, idem modus eademque taxatio impoſita intelligitur, ac proinde, ſi vel minimũ antichreſis exceſſerit modum iſtum, illicita & illegitima cenſebitur.

Et porro & illud argumentum quod à prohibita ſolutione particulari ad prohibitam antichreſin ducebatur, ſatis infirmum: nititur quippe falſo præſuppoſito, quod nempe particularis ſolutio iure ciuili ſit prohibita: hoc enim maxime refellitur per textum in *l. 2. Digeſt. de verb. obligat. l. 9. Digeſt. de ſolut.* ex quibus liquet quod particularis etiam ſolutio inuito creditori fieri queat, id quod pluribus ac prolixius confirmaui alibi. Deinde ſi quippiam præſens argumentum concluderet, certe efficeret, fructus pignoris, à creditore perceptos, nunquam in ſortem imputari, quia ſemper prætendi poſſet huiuſmodi imputationem pro particulari ſolutione eſſe habendam, quæ legibus ſit prohibita; At hoc abſurdum fore, relucet ſatis perſpicue ex *l. Codice de diſtract. pign. l. 2. C. de pact. pign. l. 1. Codice de pign. act.*

Ad

Ad argumentum, ſeptimo loco adductum, facilis eſt reſponſio: non enim negatur, quin pactum de lucrandis fructibus vſurarum loco iis in caſibus ſit validum, quib. vſuræ iure exigi poſſunt, ſed ex eo ipſo ſequitur quod antichreſis non ſubſiſtat, niſi intra modum à legib. præfinitum vſuris. Non enim in contrariam ſententiam quenquam mouere debet, quod antichreſi non ita certus modus à Iuſtiniano ſit præſcriptus, ſicut is præfinitus eſt vſuris in *l. eos. Codic. de vſuris.* Nam exinde, quis, obſecro, inferret antichreſin ſuperare poſſe vſurarum modum? Hoc quippe ipſo quod vſuris certus modus eſt præfinitus, etiam antichreſi idem præſcriptus videtur: *Tum* quia vice vſurarum eſt antichreſis, *dict. l. 17. Cod. de vſur. Tum* quia fructus ex antichreſi in vſuras percipi dicuntur *l. 11. §. 1. Digeſt. de pignoribus. Tum* quia alias lex iſta & imperialis conſtitutio, modum vſurarum determinans, circumueniretur ipſique fraus fieret, vt ſupra fuit dictum. Et ſane pactum antichreſeos eſſe prohibitum, nos non ſtatuimus, ſed illud iure permiſſum licitumque eſſe aſſerimus, modum interim ipſi eundem præſcriptum dicentes, qui vſuris prædeterminatus eſt. Sicut igitur vſuræ, etſi licitæ ſint, modum tamen excedere non poſſunt, ita nec antichreſis, quamuis ſit licita, modum non poteſt excedere, quem leges vſuris præfinierunt.

Nonum & decimum argumentum extra terminos propoſitæ quæſtionis vagantur: probant ſiquidem quod antichreſis ſit licita; id quod extra omnem dubitationis aleam poſitum eſt, & à nobis liberaliter conceditur: non autem id demonſtrant, quod in quæſtione eſt & à nobis negatur, quod nempe valeat antichreſis etiam vltra legitimum modum vſurarum.

*Lit. C. & D.*

Lex commiſſoria ſeu pactum commiſſorium (Nam pacta leges paſſim in iure noſtro appellitantur *l. 1. §. ſi conueniat. Digeſt. depoſiti. l. 23. de reg. iur. l. 7. §. 5. Digeſt. de pact. l. 52. Digeſt. de verbor. obligat.*) quo hoc agitur, vt ſi intra certum tempus debitor pignus non luerit, tum illud in commiſſum cadat, hoc eſt res oppignorata debitori & domino auferetur & creditoris dominio cedat; hoc, inquam, pactum illicitum ac iure improbatur: ita quippe Imperator Conſtantinus in *l. fin. Codic. de pact. pignor. Quoniam, ait, inter alias captiones præcipue commiſſoriæ pignorum legis creſcit aſperitas, placet infirmari eam & in poſterum omnem eius memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac ſanctione reſpiret, quæ cum præteritis præſentia quoque repellit & futura prohibet; creditores enim re amiſſa, iubemus recuperare, quod dederunt.*

Qu. 39. *An valeat lex cõmiſſoria in pignore?*

Nec obſtat huic quod lex commiſſoria admittatur in contractu emptionis venditionis; *tot. tit. Digeſt. de lege commiſſoria.* Ergo etiam in pignore admitti debeat. Nam diuerſiſſima ratio eſt in propoſito emptionis & pignoris: nam in venditionibus nulla fraus exiſtit vel emptoris, vel venditoris, ſi ob non ſolutum pretium ſua die reſoluatur vel reſcindatur venditio: At in pignoribus plerunque eſt ingens fraus debitoris & non toleranda, ſi non ſoluta pecunia ad diem, pignus acquiratur creditori, quia plerunque pro praua pecunia dantur pignori res preciosiſſimæ; & non æquum eſt vt ingentem hanc fraudem ſuſtineat debitor. Deinde lex commiſſoria in pignore dominium veteri domino aufert: lex commiſſoria in emptione dominium veteri domino, venditori videlicet, conſeruat: inſuper lex commiſſoria in pignore pignus addicit creditori pro minima pecunia interdum, quæ credita eſt: lex commiſſo-

miſſoria in emptione rem venditori addicit iuſto precio, certe eo, quod ab emptore prius profectum erat, de quo ille quæri nec poteſt, nec debet.

Poſtremo lex commiſſoria in pignore adiicitur non conſentiente debitore, qui neceſſe habet propter inopiam pecuniam accipere: Lex autem commiſſoria in emptione nulla neceſſitate adiicitur, quia nemo cogitur emere. Non eſt igitur mirandum ſi in emptione recepta in pignore improbetur.

Non obſtat præterea, quod cum iſta venditio recipiatur, ſi debitor pecunia accepta & dato pignore, ſimpliciter poſtea pignus det creditori in ſolutum *l. cum dominam C. de pign. l. Titius. ff. de pign. act.* Igitur & ab initio in pignore dando pignoris quoq; venditio per pactum legis commiſſoriæ recte fiat.

Reſpon. Conſiderandum quippe & perpendendum eſt, longiſſime hæc eſſe diſſimilia. Nam, hac venditione ab initio interpoſita, fraudatur debitor, qui neceſſe habuit eam interponere, cum creditor alia lege pecuniam non daret: poſtea autem ſi debitor rem vendit pro pecunia, volens rem vendit, non coactus *l. Nec emere. D. de iure deliber.* Nemo autem videtur fraudare eos, qui ſciunt & conſentiunt. *leg. Nemo videtur. ff. de Reg. Iur.*

Non obſtat etiam *l. vltim. ff. de contrahend. empt.* vbi ipſiſſima lex commiſſoria, de qua nunc agimus, admitti in pignore videtur; Recipitur enim hæc conuentio, fideiuſſor, qui creditori debitoris datus eſt habeat pignus, creditori datum, ſibi emptum ſi pecuniam nomine debitoris creditori ſoluerit & habeat tantum pro pecunia creditori ſoluta, id eſt debitori credita.

℞. Nam lex commiſſoria ea duntaxat improbatur quæ addicit rem creditori, non etiam quæ addicit rem vel fideiuſſori vel alii, qui pecuniam non credidit. Differentiæ ratio hæc eſt quod creditori adiicere hanc legem cogitur debitor, qui aliter pecuniam non acciperet à creditore: Alii adiicere non cogitur, quoniam ab eo pecuniam non accipit. Iam autem nemo fraudatur, qui ſcit & conſentit non coactus. Deinde reſpondetur in ea lege fin. conueniſſe, vt fideiuſſor rem iuſto precio haberet emptam.

Non reſiſtit denique quod iure vnicuiq; permittitur conditionem ſuam paciſcendo reddere deteriorem *l. 7. §. ſi paciſcar. ff. de pact. l. penult. Cod. eod. tit.* Igitur & debitori integrum & licitum eſſe debeat pacto commiſſario conditionem ſuam facere deteriorem.

℞. Prædicta enim regula procedit nuſi pactum dolo malo ſit extortum, aut bonis aduerſetur moribus *d. l. 7. §. ait prætor. 7. ff. de pact.* At hæc lex commiſſoria bonis moribus repugnat, quia inuitat creditorem ad delinquendum & fraudandum eos, qui non conſentiunt, quod genus totum improbari conſtat in *l. 5. ff. de pact. dot.* Inuitamentum certe eſt ad fraudandum: Nam ſi impune licebit creditori hoc paſci, ſemper hanc legem in pecunia credenda adiiciet & res ad ſe quam minimo transferet; debitores autem, neceſſitate pecuniæ adiiciendæ conſtricti, & hanc legem & aliam quamuis facile ſuſcipient, vt ſibi pecunia potiri liceat.

Et profecto pactum hoc commiſſorium in pignore nouiſſimis etiam Imperii Conſtitutionibus & receſſibus improbatur ac diſerte prohibetur in der policey Ordnung zu Franckfurt Anno 1577. gebeſſert tit. 20. §. vnd dieweil man / vbi Imperator Rudolphus eius nominis ſecundus ita reſcribit: Vnd dieweil man in erfahrung kompt / daß die Juden mit den Chriſten ſondere Geding machen da die eingeſetzte Pfande in benanter Zeit nicht gelöſet würden / daß als-

dann dieſelbe Jhnen verfallen ſein ſolten / wann aber daſſelbe denen Rechten zu wieder / ſo ordnen wir daß ſolche Geding verbotten vnnd nichtig ſeyn / ſondern ſollen die Juden die genommene Pfandt / da dieſelbe in gebührender Zeit von den ſchuldenern nicht gelöſet würden / durch Erkandtnuß jhrer Obrigkeit / wie es ſich zu Recht gebühret / vmbſchlagen / Verkauffen vnnd das vbrige Gelt / da dem Juden das ſein entrichtet dem Schuldiger gefolgt vnd herauſſer gegeben werden. Demnach ſollen auch die Obrigkeiten daran ſein / damit jre befelchhabers mit dem Juden / dieſer policey Ordnung zu wieder / nichts practiciren oder handlen.

Qu. 40. *An lex cõmiſſoria ante Imperatorẽ Cõſtantinum valuerit?*

Cum igitur conſtet legem commiſſoriam, ſiue pactum commiſſorium Conſtantini Imperatoris Conſtitutione improbari & prohiberi, eamque conſtitutionem nouiſſima etiam Imperij Romani conſtitutione & ordinatione ſub Rudolpho ſecundo eſſe confirmatam, porro quæritur, vtrumne & ante Imperatorem Conſtantinum, cuius eſt ſupra allegata *l.vlt.C.de pact.pign.* pactum commiſſorium fuerit prohibitum, an vero demum Conſtantinus id è medio ſuſtulerit ac prohibuerit?

Arius Pinellus ad *rubric.Cod.de reſcind.vendit.part.2.c.1.n.27.* ſtatuit, ac ſerio contendit, ante Conſtantinum pactum legis commiſſoriæ in pignore non minus, atque in emptione venditione licitum ac permiſſum fuiſſe, Rationes ac fundamenta huius opinionis ſuæ hæc habet.

1. Quicquid in iure prohibitum non reperitur, id conceſſum intelligitur. *argum.l.1.ff.de teſtibus.* Atqui nulla lege, quæ quidem in pandectis extet, & antiquior ſit Conſtantini conſtitutione, legitur pactum commiſſorium eſſe prohibitum, conceſſum itaque ac licitum iure pandectarum fuiſſe intelligitur.

2. Regula eſt, pacta conuenta eſſe ſeruanda *l.1.ff.de pact.& l.1.ff.de conſtitut.pecun.* Ab hac autem regula nuſpiam excepta reperitur lex, ſeu conuentio commiſſoria, ſub regula itaque comprehendetur, & conſequenter conuentio commiſſoria iure veterum & pandectarum fuit permiſſa in pignore atque Conſtantini demum Conſtitutione prohibita.

3. Idem quoque colligendum videtur ex ipſa conſtitutione Conſtantini: Ait enim in *d.l.vlt.* Conſtantinus, novo remedio opus fuiſſe aduerſus aſperitatem Legis commiſſoriæ pignorum, ex quo, inquit Arius Pinellus, apparet in legibus Digeſtorum remedio aduerſus illam non fuiſſe: Ad quid enim alias novo remedio opus fuiſſet?

4. Accedit quod, cum Conſtantinus dicat, ſe legem illam commiſſoriam velle infirmare, ſatis ex eo intelligatur eam ante firmam & nullo iure prohibitam fuiſſe.

5. Adde quod Conſtantinus eos, qui tali contractu laborans, alloquens, iubet noua illa conſtitutione reſpirare, quod falſo dixiſſet & fruſtra ſtatuiſſet, ſi iam ante iure veteri illis conſultum fuiſſet.

6. Quin etiam hæc ſententia exinde quoque robur accipit, quod eandem conſtitutionem Imperator etiam ad prætérita extendit: Nam ex eo manifeſtiſſime relucet alio iure cenſenda fuiſſe, nec anteriori tempore pactum commiſſorium interdictum fuiſſe; Alioquin certe extenſio huiuſmodi otioſa & plane inutilis fuiſſet.

Veruntamen, etſi argumenta hæc prima fronte magnam videantur haberi veri ſpeciem, ſi tamen diligenter conſiderentur, parum ſtringere & pro Pinelli aſſertione facere videntur.

Quod

Digitized by Google

Quod enim ad primum attinet, falſiſſima eſt aſſumptio eius ac manifeſtiſſime principium petit: dum negat pactum commiſſorium legibus veteribus illiſque, quæ in pandectis extant, prohibitum non fuiſſe: Etſi enim nulla occurrat lex quæ iſtud pactum expreſſe nominatim atque in ſpecie improbetur ac prohibeatur: quia tamen prohibentur in genere pacta quæ legibus & bonis moribus aduerſantur in *l.6.C.de pact.l.7.ff.eod.tit.* pactum autem commiſſorium eiusmodi eſſe, quod legibus bonisque moribus aduerſetur, ex prædictis ſatis abundeque conſtet, ideo de prohibitione prædicti pacti commiſſorii liquet.

Sic quoque non magni ponderis eſt ſecundo loco adductum argumentum: Ab ea ſiquidem regula, quæ pacta ſeruari iubet, ea excipiuntur pacta quæ bonis moribus repugnant: Hæc enim prætor ſeruari prohibet *leg.7.§.7.ff.de pact.* eademque vim habere & effectum ſortiri Imperator vetat *dict.l.6.Cod.de pact.* Huius autem generis eſſe pactum commiſſorium demonſtrauimus: conſtat igitur illud quoque à præfata regula exceptum eſſe.

Ad Tertium & ſequentia argumenta ex *d.l.fin.* deſumpta non eſt difficilis reſponſio. Primo enim reſpondet ad eam Donellus, plane non eſſe probabile, conſtitutionem iſtam *l.fin.* primitus legem commiſſoriam è pignoribus ſuſtuliſſe, ſed credibile eſſe ante conſtitutionem eam pactum commiſſorium in pignoribus prohibitum fuiſſe & veteribus etiam diſplicuiſſe; Conſtantini vero conſtitutione tantum pœnam auctam eſſe & ius apertius conſtitutum, cum aut veteres in eo variarint ſententiis, aut ab his ita conuentio acciperetur vt reciperetur per conniuentiam.

Sed diuinatoria eſt hæc reſponſio: Daniel Mollerus *lib.2.Semeſt.c.24.* reſpondet. Conſtantini ſæpe citatam ante Iuſtinianum ducentis annis eſſe promulgatam; Cum igitur Tribonianus & cæteri compilatores iuris noſtri, prohibente Iuſtiniano in *l.1.C.de iure vet.enucleand.* non debuerint leges expreſſe vel tacite per deſuetudinem abrogatas pandectis inſerere, ideo non ſit veriſimile quod quicquam in pandectas referre voluerint, quod pactum commiſſorium ſuſtineret, quodque lege Conſtantini ante ducentos annos abrogatum & ſublatum eſſet,

Clarius hoc modo reſpondendum videtur *d.l.fin.C.de pact.pign.* pandectis & legibus eis inſertis promulgatione non eſſe poſteriorem ſeu recentiorem, ſed anteriorem potius, quia omnes iſtæ leges quæ non ſunt à Iuſtiniano editæ & promulgatæ extiterunt in priore Codice, qui poſtea fuit emendatus & ante pandectas à Iuſtiniano Imperatore per Tribonianum & alios Iuriſperitos compoſitus & editus: Leges proinde quæ in Codice priori extiterunt non poſſunt dici eiusmodi ius continere & exhibere quod emendet leges pandectarum, quodque illis, vtpote promulgatione poſterioribus §.1.*I.proœm.* contrarietur: Quocirca, conceſſo eo, quod ante *d.l.final.* commiſſaria non fuerit prohibita, non tamen inde ſequetur, quod legibus pandectarum non fuerit interdicta, cum lex eam prohibens, anterior, aut certe non poſterior ſit legibus Digeſtorum.

Qu.41. *An valeat hæc pactio vt ſi ad diem ſolutio non ſit facta, res oppignorata ſit creditori iuſto precio empta?*

Etſi porro pactum commiſſorium, vt ſi intra certum tempus pecunia ſoluta non fuerit, res ſit dominii creditoris atque debitori auferatur, prout dictum eſt, non valeat: dubitare tamen non licet quin hoc pactum valeat vt ſi pecunia ad diem ſoluta non ſit, res oppignorata creditori iuſto pretio ſit empta: Etenim ratio, ob quam pactum commiſſorium iure improbari ſupra dixi, manifeſte deficit in tali pactione. Quin etiam pactum huiuſ-



Digitized by Google

huiuſmodi eſſe emptionem ſub conditione hac, ſi ad diem ſoluta pecunia non fuerit, contractam: emptionem vero ſub conditione, honeſta videlicet, qualem hanc eſſe certum eſt, valere & licite iniri, expediti eſt iuris *leg. 7. ff. de contrahend. empt.*

Non obſtat quod venditio non ſubſiſtat, ſi precium ſit incertum *§. 1. I. de empt. vendit.* In propoſito autem pretium, quo debeat empta eſſe res oppignorata, ad diem ſolutione non facta, ſit plane incertum, vtpote generaliter alieno arbitrio permiſſum *arg. l. Merces ff. locati.*

℞. Etenim iſta verba *iuſto precio* faciũt vt res in arbitriũ boni viri collata eſſe intelligatur: Iuſtum enim eſt quod vir bonus arbitraturus eſt, nec poteſt bonus vir, niſi quod juſtum ſit arbitrari: arbitrium enim boni viri nec incertũ, nec indefinitum eſt *l. 1. de legat. 2.* Certum eſt enim tanti illum, quiſquis eſt, æſtimaturum, quanti fundus peritis æſtimatoribus earum rerum valeat: Ex quo relinquitur hanc venditionem non ſic alieno arbitrio eſſe permiſſam, vt incerta ſit.

Non reſiſtit ẽt *l. vlt. ff. de contrahen. empt.* Nam eam improbat pactionem, qua conuenit, vt haberetur pignus emptum ea pecunia, quam creditori ſoluerit debitor; Non vero pactionem iſtam, vt res iuſto precio haberetur, interdicit Franciſc. Balduin. *tractat. de pignor. cap. 17.*

Qu. 42. *An pactũ commiſſorium valeat per indirectũ?* Nihil præterea intereſt vtrum directe an per indirectum lex commiſſaria pignori apponatur, cum vtrobiuis eadem obtineat ratio, eademque ſubſit fraudis ſuſpicio: vbi autem eadem eſt ratio, ibi quoque eadem erit iuris diſpoſitio.

Nec ad rem facit, quod interdum id quod directe & expreſſe non valeat per indirectum & obliquum ſuſtineatur *l. 27. §. 3 ff. de pact.* Hoc enim non eſt vniuerſale nec perpetuum, eo ſane caſu deficit vbi directi & indirecti per omnia eadem eſt ratio & conditio.

Sed numquid ex poſt facto interpoſitum pactum commiſſorium atque contractui pignoris ex interuallo appoſitum ſuſtineatur, maximi momenti eſt quæſtio, de qua etiam diſcrepantes reperiuntur Dd. ſententiæ. Affirmatiuam defendit poſt Bartolum in *l. quamuis. ff. de ſolut.* Fulgoſium & Salicetum in *l. Titius ff. de pign. act.* Hugo Donellus in *tractat. de pignoribus c. 13.* Qu. 43. *An valeat ex interuallo pignori ſubiectum?*

1. Et quod pignore iam contracto creditaque pecunia mutua debitoris & creditoris voluntate effici poſſit, vt obligata maneat apud creditorem, ſi ad præfixum terminum ſolutio non ſit facta, hac ratione probari videtur, quod certiſſima ſit iuris regula, quod ratione prohibitionis ceſſante, ceſſat quoque ipſa prohibitio *cap. ceſſante de Reg. Iur. in ſext.* In propoſito autem caſu ceſſet ratio, ob quam prohibita eſt lex commiſſoria: Ratio prohibitionis iſtius hæc fuit ſupra reddita, quod ſi impune liceret & cum effectu creditori apponere pactum legis commiſſoriæ, debitores neceſſitate pecuniæ accipiendæ conſtricti, rebus ſuis defraudarentur & exuerentur etiam inuiti: Hanc autem rationem in hoc pacto commiſſorio deficere eo caſu quo ex interuallo, pignore iam contracto & pecunia credita adiicitur: Nulla ſiquidem tunc neceſſitate pecuniæ accipiendæ debitor premitur, qui pecuniam iam habet, qua vtatur; & poteſt creditori, ſi velit, in ſolutum non dare. Et ſane cum debitor pecunia indiget, promitteret quiduis cupido creditori, captioſas leges præſcribenti: Accepta vero pecunia, non æque. Solent autem legumlatores ei ſuccurrere quod ſit facilius, frequentius & vt plurimum potius, quam quod ſit difficilius & rarius, vt comprobat exemplum SC. Velleiani, interceſſione mulieribus interdicentis, donatione non item *leg. ſed ſi ego. leg. quamuis §. inter-*

Digitized by Google

*interdum. ff. ad SC. Velleianum.* Itemque exemplum legis Iuliæ fundum dotalem, interueniente etiam mulieris conſenſu, oppignorari, non etiam alienari prohibentis.

2. Et pro hac ſententia facit *l. 34. ff. de pign. act. Titius cum credidiſſet pecuniam Sempronio & ob eam pignus accepiſſet, futurumque eſſet vt diſtraheret creditor, quia pecunia non ſolueretur: petiit à creditore vt fundum certo pretio emptum haberet; & cum impetraſſet, epiſtolam qua ſe vendidiſſe fundum creditori ſignificaret, emiſit; quæro an hanc venditionem creditor reuocare poſſit, offerendo ſortem & vſuras, quæ debentur. Marcellus reſpōdit, ſecundum ea, quæ propoſita eſſent, reuocare non poſſe.*

Contraria tamen ſententia quam amplectuntur Gabriel Mudeus in *tract. de pignor. cap. de pacto legis commiſſ. n. 20 & ſeqq.* Iacob. Cuiacius 13. *obſ. 22 Arius Pinellus ad d. l. 2. C. de reſcind. vend. in rubr. part. 2. c. 1. n. 30.* Tiraquel. de *retract. conuent. in præfat. n. 8. verior videtur, eamque & ego tenere non dubito.*

Etenim *d. l. fin. Cod. de pact. pign.* pactum hoc commiſſorium improbans, ac prohibēs, vtitur generaliſſimis verbis, nec quicquam diſtinguit inter pactum ab initio & ex interuallo appoſitum. Dubium autem nullum eſt, ſi eo modo fuiſſet diſtinguendum, quin Conſtantinus diſtinctionem iſtam adeo neceſſariam, vel vnico verbulo, indicaturus fuiſſet.

Nec multum vrgent in contrarium adducta fundamenta: Non ſane *primum*, Nam quod ratio prohibitionis legis commiſſoriæ ceſſet ſi ex interuallo adijciatur pignoris contractui, nego atque pernego: Nam ſi tanta ſit, vt plerumque eſt, creditorum ac fœneratorum auaritia, vt nolint vllam ſui commodi occaſionem amittere, inuenient ſane etiam poſt numeratam pecuniam, quo facile debitorem ſuis legibus captioſe conſtringant, ſi ſimulent illico ſe velle ad prætorem ire & poſtulare vt ex edicto bona poſſidere liceat, & decurrere ad alia extrema & inimiciſſima debitori iura, Mudæus *d. c. de pacto l. commiſſ.*

Non aduerſatur etiam *d. l. Titius 34. ff. de pign. act.* quod enim eo in loco non agatur de lege commiſſoria id vel ipſum nomen *commiſſi* ſatis innuit: Hoc enim ſemper futurum reſpicit, nempe vt non mox creditori addicantur pignora, ſed ſint addicenda ſi ad diem ſoluta non fuerit pecunia. Atqui in caſu *d. l. 34.* agitur de præſente venditione, vt colligitur ex verbis: *Quæro an hanc venditionem*; Idem ex verbis; *vt fundum certo precio emptum haberet*, ſcilicet mox in præſenti & pure, non addita (vt in *pr. l. vlt. de contrahend. empt.*) aliqua conditione, niſi intra tempus debitor creditori ſoluiſſet & pignus liberaſſet: Etſi autem pignus vel aliam rem ex bonis debitoris in ſolutum ceſſurum vel venditum iri pro debito non liceat ab initio paciſci ſub hac conditione, ſi ad diem non fuerit ſoluta pecunia, quo minus tamen poſtea detur in ſolutum aut pro debito vendatur, nulla omnino ratio, nec vlla iuris conſtitutio prohibet. Inſuper in *ead. leg. 34.* proponitur, conueniſſe de fundo vt fundum emptum haberet creditor, nec additur quod pro pecunia duntaxat credita illum habere emptum deberet, igitur præſupponendum potius eſt, conueniſſe vt iuſto precio & maiore pecuniâ debita creditor emptum haberet, iuxta *dict. leg. vltim. Codic. de pact. pign.*

De iurata lege commiſſoria quæſtio etiam expedita non eſt vtrumne valeat? valere dicendum videtur ex *Authent. Sacramenta puberum. Cod. ſi aduerſus venditionem.* vbi dicitur, à contractu iurato non licere recedere, ne periurium committatur. Qu. 44. *An iuratū pactum cōmiſſoriū valeat?*

2. Id quod etiam confirmat *capitul.*



Digitized by Google

*quamuis de pact. in ſext.* vbi aſſeritur pacta, etiam à legibus ciuilibus improbata, ſubſiſtere ſi iuramento fuerint confirmata: quod etiam confirmatur *c. cum contingat. extr. de iureiurando*, vbi alienatio fundi dotalis, quam irritam pronunciat Iuſtiniani conſtitutio, ſubſiſtere & valere dicitur accedente iureiurando; conſimiliter itaque & conuentio commiſſoria valebit ac rata erit, ſi iuramentum ei acceſſerit.

Ego, vt ſententiam meam, aliorum tamen ſaluo iudicio, de hac controuerſia libere exponam, exiſtimo pactum commiſſorium nec iuratum valere, quia pactum hoc bonis contrariatur moribus & occaſionem homines indigentes expilandi boniſque exuendi præbet; non igitur iuramento confirmari poterit, cum comes iuramenti perpetuus ſit honeſtas *argum. l. 15. ff. de condit. inſtit.* Deinceps notum eſt pactum illud, quod legibus aduerſatur ciuilibus, nec iureiurando confirmari ac conualidari poſſe per textum expreſſum in *l. 5. C. de legibus.* Atqui pactum legis commiſſoriæ aduerſari legibus probat *leg. fin. Cod. de pact. pign.*

Nec aduerſatur quicquam *Authent. Sacramenta puberum*; quia loquitur de contractibus minorum licitis iureque ciuili validis, quos ita per iuramentum vult conualidari Imperator vt per in integrum reſtitutionem reſcindi non poſſint: Loquitur quippe *Authentica* de contractibus, at per nomen *contractus* proprie contractus validus intelligitur, quia contractus illicitus iureque prohibitus non niſi impropriiſſime contractus appellitatur, cum tales contractus pro nullis & infectis reputentur. Deinde loquitur de *contractibus non retractandis*; At tales etiam ſunt contractus duntaxat iure perfecti & liciti.

Non obſtat etiam *cap. quamuis de pact. in ſext.* quia loquitur de iuramento, quod bona conſcientia obſeruari poteſt; At tale non eſt illud de quo loquimur; quoniam delinquendi occaſionem præbet, &, vt ſupra oſtendimus, bonis contrariatur moribus.

Deinde quid de *d. cap. quamuis.* habendum ſit, & vtrum iuri Cæſareo, quod in *dict. l. 5. C. de legibus.* pontificio iuri hoc in puncto contrariatur, præualere ac prædominari debeat, dixi alibi prolixius.

Minus denique repugnat *cap. cum contingat:* alienatio ſiquidem illa fundi dotalis, de qua ibi agitur, non ita eſt contra bonos mores, quemadmodum lex commiſſoria.

Illud denique ſcrupulo non caret, anne valeat pactũ cum fideiuſſore initum, vt ſi intra tempus non fuerit à principali liberatus tunc rem creditori oppignoratam haberet ſibi emptam? Qu. 45. *An valeat pactũ cũ fideiuſſore initũ, vt ſi intra tempus præfinitũ non fuerit à principali liberatus, rẽ creditori oppignoratã haberet emptam?*

Et valere in perſona fideiuſſoris legem commiſſoriam placet Marco Mantuæ *ſing. 47. n. 2. & 3.* Hugoni Donello *ad l. fin. C. de pact. pign.* Daniel. Moller. *lib. 2. Sem. eſtr. c. 34. in fine.* fundamentum autem huius opinionis ſuæ præcipuum conſtituunt in *l. fin. ff. de contrahend. empt.* Cuius hæc ſunt verba: *Titius, cum mutuos acciperet tot aureos vſuris, dedit pignori ſiue hypotheca prædia & fideiuſſorem Lucium, cui promiſit intra triennium proximum ſe eum liberaturum, quod ſi id non fecerit die ſupra ſcripta & ſoluerit debitum fideiuſſor creditori, iuſſit prædia empta eſſe, quæ creditori obligauerat.* Quæro cum non ſit liberatus Lucius fideiuſſor à Titio, an ſi ſoluerit creditori, empta haberet ſupraſcripta prædia? Reſpondi, ſi non vt in cauſam obligationis, ſed vt empta habeantur, ſub conditione emptio facta eſt.

Et cur lex commiſſoria in fideiuſſore potius, quam creditore valeat, rationem vulgo iſtam adducunt, quod non ſit tanta aſperitas, nec tanta fraudis ſuſpicio, quando pactum commiſſorium cum

fide-

fideiuſſore, quam quando cum creditore initur, *Gloſſ. in leg. 1. Codic. de pact. pignor. Bartol. in leg. quamuis. de ſolutionibus.*

Adfert & hanc rationem Donellus quod debitor neceſſitate quadam cogatur creditori adiicere hanc legem commiſſoriam, quo ab ipſo pecuniam, qua indiget, extorquere valeát: Fideiuſſori autem non cogatur adiicere, qui ab eo nullam accipit pecuniam, quam hac via ab eo extorqueat.

Confirmat porro hanc opinionem non parum quod *l.final. C.de pact. pign.* legem commiſſoriam prohibens, in ſpecie, nominatim & expreſſe loquatur de creditore, non etiam de fideiuſſore, nec vlla occurrat lex, quæ ſuadeat illicitam eſſe commiſſoriam legem in fideiuſſore. Quare cum in eo nuſpiam reperiatur improbata vel prohibita, permiſſa cenſeri debet *arg.l.1.ff.de teſtibus.*

Pro contraria ſententia, quam amplectuntur Carolus Molineus, Arius Pinellus in *d.c.1.n.31.& ſeqq.* quod nempe lex commiſſoria in fideiuſſore æque, atque in creditore, prohibita & illicita ſit, hæc faciunt argumenta: 1. Vbi eadem ratio viget prohibitionis, ibi quoq; eadem viget prohibitio; Iam vero in fideiuſſore eadem plane locum habet ratio, quæ in creditore facit illicitã cõuentionẽ lex cõmiſſoriã; In fideiuſſore igitur æq; prohibita cẽſeb:tur lex cõmiſſoria atq; in creditore. Aſſumptio ſyllogiſmi ex eo cõfirmatur, ꝙ ſicut in creditore admiſſa faceret, vt pro re & ſumma minima debitor rem ſuã, inuitus quodammodo & neceſſitate coactus, amitteret; quia alia ratione à creditore pecuniam mutuam nanciſci non poſſet; ita quoque in fideiuſſore admiſſa eadem commiſſoria lege efficeret, vt pro ſumma minima, pro qua fidem ſuam interpoſuit fideiuſſor & quam debitor obtinere à creditore non potuiſſet, niſi hic fidem ſuam interpoſuiſſet, æque amitteret inuitus & quodammodo coactus, quoniam fideiuſſor aliter non foret fideiuſſurus nec creditor, fideiuſſore non interueniente, pecuniam crediturus.

Et ſane, ſi licitum foret pactum commiſſorium in fideiuſſore, nollet hic aliter, niſi hac lege interpoſita, fideiubere: debitores autem, pecunia indigentes, hanc legem facile ſuſcipient, quo mediante fideiuſſione eius, creditam poſſint accipere pecuniam, atq; ſic occaſio fideiuſſoribus prębebitur res debitorum indigentium ad ſe quam minimo & iniuſto prætio transferendi ſuosque principales expilandi.

2. Quin & ideo in fideiuſſore lex commiſſoria admitti non poteſt, quia fideiuſſio adeo gratuita eſſe debet, vt rupta fides dicatur ſi fideiuſſor emat bona debitoris *l.1. Cod.de dolo.* multo magis igitur rupta fides dicetur & fideiuſſio illegitima iudicabitur, ſi fideiuſſor quam minimo & iniuſto pretio rem ſui debitoris ad ſe transferat, eamque emptam habere velit.

3. Fideiuſſor cum pro ſuo principali ſoluit, creditor eſt *l.creditorum.ff.de verb. ſignif.* Cui conſequens eſt, prohibitionem *d l.fin. C.de pact.pign.* prohibentis legem commiſſoriam in creditore, verificari quoque in fideiuſſore, ſiue attendatur tempus poſtquam ſoluit fideiuſſor; ſiue tempus anterius cum ad illud conferatur tale pactum *arg.§.quod ſponſa C.de donat.ante nupt.*

Ego in hac diſſenſione poſteriorem hanc ſententiam veriorem eſſe iudico, nec adeo moueor fundamentis prioris opinionis: Quod enim ad *l.fin.ff. de contrahend. empt.* attinet, reſpondet ad eam Arius Pinellus, Scæuolam ICtum ibi magis de quæſtione voluntatis, quam poteſtatis agere, nempe de cognoſcendo quid inter contrahentes conuentum cenſeatur, non vero an contrahere potue-

Digitized by Google

potuerint: Nec ICtum, ait, potuiſſe dubitare an pactum legis commiſſoriæ in pignore valeret, cum eo tempore improbatum non fuerit, ſed id demum à Conſtantino Imperatore multo tempore poſt fuerit effectum.

Ego ſic reſpondendum arbitror, in *d. l. fin* ſtatui quidem fideiuſſori, ſi ſoluerit, nec à principali ſuo præfinito tempore liberatus fuerit, rē oppignoratam eſſe emptam, ſed non ea pecunia quam ipſe ſoluit creditori, quamque debitor principalis à ſuo creditore mutuam accepit, ſed precio iuſto; Hoc autem colligitur ex *d. l. fin.* quæ omnino, vt ſupra à nobis fuit demonſtratum conferri debet. Hæc autem ad fideiuſſorem quoque & præſentem caſum porrigi debet propter paritatem rationis, quam in creditore & fideiuſſore militare ſupra oſtenſum fuit.

Ratio porro diuerſitatis, quæ ſupra inter fideiuſſorem & creditorem, quoad principale negotium adducebatur, quod nempe tanta aſperitas tantaque fraudis ſuſpicio in fideiuſſore non deprehendatur, quanta in creditore, ea, inquam, ratio à nobis refutata, &, vt iſpero, funditus euerſa fuit: Nam quod non minor ſit aſperitas in fideiuſſore atque in creditore ratio noſtra dilucidum fecit.

Non maioris momenti eſſe videtur Donelli ratio: Etſi enim à fideiuſſore nullam accipiat pecuniam debitor, cuius contemplatione fideiuſſor talem legem commiſſoriam extorquere ab ipſo & bona eius minimo & iniuſto precio ad ſe trahere & transferre poſſet; Hoc tamen ab ipſo cōſequitur debitor, vt fideiubeat, & hac fideiuſſione interpoſitâ pecuniam à creditore naneiſcatur, quam alias non conſequeretur ſi hic fideiubere nollet: ſi proinde vult debitor hunc fideiubere & mediante fideiuſſione iſta pecuniam à creditore mutuam accipere, cogitur, iniquam hanc legem ſuſcipere & admittere, vt ſi intra certum tempus fideiuſſorem non liberarit, exiguo etiam & iniuſtiſſimo precio res ipſius oppignorata fideiuſſori ſit empta.

Non denique remoratur noſtram ſententiam, quod *l fin. Cod. de pact. pign.* non de fideiuſſore, ſed de creditore ſit concepta. Nam propter paritatem rationis, quam in fideiuſſore obtinere oſtendimus, legis debet fieri extenſio: Cum non infrequens ſit, ſed frequentiſſimum, ex paritate & identitate rationis legis fieri extenſionem ab vna perſona ad aliam.

## *RESOLVTIO THESIS Septima.*

Pignore iam conſtituto, creditor habet poteſtatem eius perſequendi *l. 17. ff. de pignoribus* & ab alio, qui rem pignoratam poſſidet, vindicandi, quam ad rem comparata eſt ipſi actio Seruiana, Ita à Seruio Prætore Romano, eodemque primo huius actionis Authore appellata, quemadmodum pleræque actiones prætoriæ nomen ſortiuntur ab eo prætore, à quo primitus ſunt introductæ *§. Namque 4. I. de actionibus.*

Nec audiendus hic eſt Accurſius Gloſſator, qui à ſeruando eam nomen accepiſſe ſomniat, quia cum & reliquæ omnes actiones in rem ad hoc ſint proditæ, vt illis quiſque rem ad ſe pertinentem à poſſeſſore vendicet, recuperet ſibiq; ſeruet, ratio nulla omnino dari poſſet, cur hęc potius actio à ſeruādo Seruiana, quam cæteræ in rem actiones ſiue vindicationes nomen acceperit. Qu. 46.

*An Seruiana actio competat de reb. Inquilini?*

Pertinet autem hęc actio non ad quaſcunque res creditori oppignoratas, vindicandas, ſed ad res tantum coloni in prędium ruſticum conductum à colono illatas & ea illatione tacite domino pro mercede

ęede obligatas: Ad res proinde inquilini in ædes conductas illatas, vel etiam ad expreſſe creditori oppignoratas hanc actionem non competere, mihi certiſſimum eſſe videtur.

Ita quippe Iuſtinianus in §. 7. *I.de act.* vbi de hac actione Seruiana non incidenter duntaxat, ſed ex profeſſo tractat, ita ſcripſit: *Item* inquit, *Seruania, quæ etiam hypothecaria vocatur, ex ipſius prætoris iurisdictione ſubſtantiam capiunt. Seruiana autem experitur qui de rebus coloni quæ pignoris iure pro mercedibus fundi ei tenentur.* Ecce, hic expoſiturus Iuſtinianus de quibus rebus Seruiana competeret, ait de rebus coloni eam competere: Et ſi de rebus etiam inquilini competeret, quæ obſecro ratio foret, quod non etiam de illis actionem Seruianam dari ſcripſit, & quid mouit ipſum vt potius de coloni quam de inquilini rebus eam intentari ſcripſerit, ratio profecto nulla exponi poteſt.

Accedit quòd nulla lex proferri poſſit, in qua Seruianam actionem de rebus inquilini competere dicatur. Quod ſi verò quæritur ecquanam igitur actione domini ædium locatarum res inquilini tacitè ſibi oppignoratas, ſi ab aliis poſſideantur, perſequi valeant? Reſpondeo ad hoc quaſi Seruianam proditam eſſe, quæ de alio quouis pignore, excepto eo quod domino prædii ruſtici in rebus coloni tacite conſtituitur, competit *dict.* §. 7. & ita etiã Author noſter infra *ſub lit. G.* ſtatuit.

Datur hæc actio Seruiana de rebus tacitè domino fundi pro mercede vel deterioratione rei obligatis. Et ad hoc datur vt illæ res à poſſeſſore creditori reſtituantur, præterquam ſi iuſtiori & firmiori titulo poſſeſſor eas teneat, tunc enim melior eius erit conditio.

Quaſi Seruiana actio de reliquis rebus pignori obligatis competit *d.* §. 7. Quaſi Seruiana dicta, quod, cum Seruiana illa propoſita eſſet in edicto à prætore; poſt deinde de cæteris pignoribus actio cæpit inſtitui, ad exemplum prioris illius Seruianæ: Appellatur etiam hypothecaria à re ipſa, quam actio perſequitur: Hæc enim perſequitur hypothecam ſeu pignora. Vocatur etiam hæc actio ſimpliciter Seruiana *l. 18. ff. de pignoribus.* Itemque vtilis Seruiana *l. 13. §. 1. ff. ad Sc. Velleianum l. 1. Cod comm. de legat.* abuſiue etiam pignoratitia *l. 22. ff. de pignor. l. 7. §. 12. ff. comm. diuid. l. 19. l. pen. de except. rei iudic.* quia de pignore ſiue hypotheca datur; quanquam à pignoratitia actione, propriè ſic dicta, plurimum hæc Quaſi-Seruiana differat. Nam actio pignoratitia eſt perſonalis; vtpote ex contractu pignoris deſcendens, actio vero quaſi-Seruiana eſt in rem §. 7. *I. de act.* Actio pignoratitia datur debitori, pignore per ſolutionem principalis debiti liberato, aduerſus creditorem *l. 32. ff. de pignorat. act.* Quaſi-Seruiana autẽ datur creditori aduerſus poſſeſſorem rei oppignoratæ, durante adhuc pignoris obligatione.

Actiones autem prædictas, Seruianã dico & quaſi-Seruianam, ait noſter Author, ab extraneo, bonæ fidei poſſeſſore, præſcribi & præſcriptione extingui decẽ annis inter præſentes & viginti inter abſentes per *text. in l. 1. & 2. C. ſi aduerſ. cred. præſcript. l. fin. C. de obligat. & act.* A malæ autem fidei poſſeſſore triginta annis *l. 7. pr. C. de præſcript. 30. annorum.* Qu. 47. *Quanto temporis ſpacio præſcribatur actio Seruiana?*

Verum hanc ſententiam à veritate iuris non parum aberrare & abhorrere exiſtimo. Quod enim actio hypothecaria etiam à bonæ fidei poſſeſſore triginta demum annorũ ſpacio extinguatur, probat ipſa modò adducta *l. 7. pr.* vbi generaliter, nulla bonæ fidei & malæ fidei poſſeſſoris diſtinctione adhibita, Iuſtinianus ait, notiſſimi iuris eſſe, actionem hypothecariam in extraneos ſuppoſitæ rei detentatores annorum triginta finiri ſpaciis, ſi non interruptum fuerit ſilentium. Atqui dubitare non licet, quin ſi adhibenda fuiſſet diſtinctio ſuperior inter bonæ & ma-

læ fidei poſſeſſores, Iuſtinianus eam tanto ſilentio non fuerit præteriturus.

Ad hæc in *l.* 3. *Cod. de longiſſ. temp. præſcript. 30. annor.* regula proponitur, omnes, ſiue in rem, ſiue in perſonam actiones, triginta demum annis præſcribi, à qua regula non reperitur vſpiam hypothecaria ſiue Seruiana actio excepta.

Non mouent leges in contrarium ſupra adductæ: non enim loquuntur de actionum præſcriptione, ſed de præſcriptione ipſius rei pignoratæ: hac autem à poſſeſſore bonæ fidei decem vel viginti annorum ſpacio præſcripta & dominio eius per præſcriptionem ipſi acquiſito, actio hypothecaria directò non extinguitur, verum præſcribenti & nouo domino datur exceptio dominii, qua hypothecaria actione creditorem agentem repellat: Sic etiam rei vindicatio ipſa directò non præſcribitur niſi longiſſimo tẽpore *d. l. 3. C. de longiſſ. temp. præſcr. 30. vel 40. annorum.* At ſi res ipſa, de qua domino rei vindicatio competit, præſcribatur triennio, ſi fuerit mobilis; aut ſi immobilis, decem annis inter præſentes, 20. inter abſentes, in conſequentiam quoque ipſa rei vindicatio triennio vel 10. aut 20. annis præſcribitur & extinguitur.

RESOLVTIO THESIS
*Octaua.*

Si debitor in ſoluendo debito moram facit, permittitur creditori rem, ſibi pignoris nexu obligatam, diſtrahere atque ex pretio inde redacto ſibi ſatisfacere *l.* 13. *& tot. tit. ff. de diſtract. pign.* §. 1. *I. quibus alien. licet vel non.* Etenim ſi creditor perpetuo ſeruare debitori quamuis moroſo, teneretur pignus, non magna foret obligationis pignoris vtilitas, cum fructus nõ lucretur creditor *l. 1. & 2. Cod. de pign. act.*

Obſeruandum autem quod pignus liceat diſtrahere, non ſolum quando inter debitorem & creditorem conuenit, vt, ſolutione non facta & mora à debitore commiſſa, liceret creditori pignus diſtrahere; ſed etiam quando nihil de eo conuenit, *l. 4. ff. de pignorat. act.* §. 1. *I. quib. alien. lic vel non.* Sed & eo caſu licitum eſt diſtrahere pignus, quo conuenit ne diſtraheretur *d. l. 4. ff. de pign. act cum l. ſeq.* de quibus caſibus plura mox in ſeqq. dicentur.

Diſtractio porro pignorum rite & legitime fieri debet, vt paulo infra oſtendetur: vnde quæritur, ſi ſollennitas huiusmodi aliqua à creditore fortaſſis omiſſa fuerit, anne propterea diſtractio intelligatur eſſe illegitima, inefficax & nullius momenti eſſe cenſeatur? Negat Donellus *de pign. c. 12.* cuius ſententia Authori noſtro non ſine ratione placet. Solennitates ſiquidem iſtæ à creditore exiguntur, ne ipſe poſtea debitori iudicio pignoratitio teneatur, quo iudicio quicquid eſt, quod creditori imputari poteſt, cur res iuſto pretio non ſit vendita, præſtare cogitur. *l. creditor. l. qua ſpecialiter. C. de diſtract. pign.* quocirca cum iſtæ ſolennitates, in pignoris diſtractione adhibendæ, non propter debitorem, ſed propter creditorem, ne ipſe dãnum ſentiat, deſiderentur; conſequens eſt eas omiſſas non reddere diſtractionem ſeu venditionem pignoris nullam, ſed hactenus duntaxat, quatenus nunc dictum eſt, nocere creditori. *Lit. D.*

2. Et quod præſenti in caſu valeat pignoris diſtractio, argumento eſt, quod debitori in creditorem actio datur & non in emptorem pignoris, niſi in ſubſidium, ſi de bonis creditoris condemnati ſolui pecunia non potuerit; neque hoc ſemper, ſed ita demum; ſi probatum fuerit eum fraudis cum creditore participem fuiſſe, cum ſciret illa prætermitti ne tanti res venderetur, quanti eſſet *l. ſi ceſſante C. de diſtract. pign. l. 1. l. 4. C. ſi vend. pign. agat* atqui ſi venditio non valeret, nec in emptorem dominium translatum eſſet, daretur.

Digitized by Google

daretur vtique debitori in emptorem de re ſua actio in rem.

Lit. E. Qu. 48. An ſi conuenerit ne pignus diſtrahatur, poſſit nihilominus diſtrahi.

Sed quid ſi inter creditorem & debitorem conuenerit ne pignus diſtraheretur, adeoque creditor iuri diſtrahendi & alienandi pignus renunciarit? Quæſtio eſt, vtrum renuntiatio iſta valida ſit & creditor, vt huius pactionis prohibeatur pignus diſtrahere, moram in ſolutione faciente debitore? Pro affirmatiua hæc facit ratio, quod pacta conuenta ſint cuſtodienda & ſancte ſeruanda *l.1. Digeſt. de pact. l.1. ff. de conſtit. pecun.* igitur & hoc pactum de non diſtrahendo pignore, inter creditorem & debitorem initum, erit ſeruandum, nec creditor contra illud venire & pignus diſtrahere poterit; Nec ſane vllibi hoc pactum à regula iſta, de pactis conuentis obſeruandis, exceptum reperitur, nec etiam vlla apparet ſolida exceptionis ratio.

2. Accedit huic quod creditoris duntaxat cauſa hoc conſtitutum ſit, vt pignus diſtrahere & de pretio, exinde redacto ſibi ſatisfacere poſſit: Huic proinde ſuo fauori renunciare, & cum debitore de pignore non diſtrahendo conuenire poterit, *arg. l. penult. Cod. de pact.*

Atq; hanc ſententiam tuentur ac defendunt non ignobiles ICti, è quibus ab Authore allegatur Arius Pinellus *de reſcind. vendit. part. 2. c. 2. n. 4.*

Mihi vero Hugonis Donelli in *tract. de pignoribus c. 12.* Iacob. Cuiacii *ad tit. Cod. de diſtract. pign.* Bartoli, Saliceti, Caſtrenſis in *d. l. 4. Digeſt. de pign. act.* ſententia verior videtur, quod nempe non obſtante tali pacto creditor licitè poſſit ad diſtractionem pignoris venire, modo de ſolutione facienda debitorem ter interpellauerit.

Quæ ſententia probatur diſerte *l. 4. & l. 5. ff. de pign. act.* vbi Vlpianus & Pomponius in hæc verba reſcribunt; *Si conuenerit de diſtrahendo pignore, ſiue ab initio, ſiue poſtea, non tantum venditio valet, verum incipit emptor dominium rei habere: ſed etſi non conuenerit de diſtrahendo pignore; hoc tamen iure vtimur vt liceat diſtrahere, ſi modo non conuenit ne liceat: vbi vero conuenit ne diſtraheretur, creditor ſi diſtraxerit, furti obligatur, niſi ei ter fuerit denunciatum, vt ſoluat & ceſſauerit. Idque iuris eſt; ſiue omnino fuerint pacti, ne veneat; ſiue in ſumma, aut conditione, aut loco contra pactionem factum ſit.*

Adde, quod pactum, quod ſubſtantiæ contractus proprioque ipſius fini aduerſatur, non obliget paciſcentes nec formam dare ſoleat contractui, ſed aut ipſum vitietur aut vero irr tum conſtituat pignoris contractum *l. 72. ff. de contrahend. empt.* iam vero pactum præſens de non diſtrahendo pignore repugnat ſubſtantiæ & fini proprio pignoris, qui eſt vt ſecurum faciat creditorem de credito ſuo recipiendo: atqui ſi pactio iſta ne pignus diſtraheretur, valeret, & obſeruanda foret, inutile prorſus redderetur creditori pignus finemq; ſuum amitteret: nam cui bono rem alioqui apud ſe otioſam teneret creditor? Aut quomodo ius ſuũ perueniret debitoremq; ad ſolutionem faciendam compelleret, ſi facultatem diſtrahendi pignoris non haberet?

Hinc recte Donellus ait pactionem iſtam, de qua nunc agimus, ex natura contractus pignoris ita eſſe interpretandam & intelligendam vt non fuerit hoc actum ne omnino liceret pignus diſtrahere, ſed ne liceret ſtatim diſtrahere, aut poſt vnam atque alteram admonitionem creditoris, verum ita demum facultas diſtrahendi pignus competeret, ſi ter debitorem de facienda ſolutione interpellarit, prout etiam ipſe Vlpianus pactum iſtud interpretatur in *d. l. 4. ff. de pignorat. act.*

Aliam rationem adferre vulgo ſolent, ob quam contra pactum liceat vendere pignus, quia videlicet quãuis alias cuilibet permiſſum ſit iuri & beneficio ſuo renunciare, ideo tamẽ huiuſmodi pactũ nõ obſtet quia vtilitas publica ſit impedimẽto: ſi enim creditores nõ poſſẽt pignus vendere,

ptum eſt, creditorem ſuo iure pignus diſtrahere poſſe, ſi ab eius interpellatione & iudicis ſententia biennium interceſſerit: & quod etiam de eo caſu, quo de pignore diſtrahendo nihil conuenit, ibi Iuſtinianus diſſerat, ex verbis cõſtitutionis manifeſtiſſimum eſſe puto. Verba hæc ſunt: *Sancimus ſi quis rem creditori ſuo pignorauerit, ſi quidem in pactione cautum eſt quẽadmodum debet pignus diſtrahi, ſiue in tempore, ſiue in aliis conuentionibus, ea obſeruari de quibus inter debitorem & creditorem conuentum eſt. Sin autem nulla pactio interceſſerit, licentia dabitur fœneratori ex denunciatione vel ex ſententia iudiciali poſt biennium, ex quo atteſtatio miſſa, vel ſententia prolata eſt, numerandum, eam vendere.*

Reſpondet quidem Donellus hanc *l. fin.* non generaliter de quouis creditore agere, ſed de eo, qui jus dominii impetrare velit, hunc poſt denunciationẽ factam biennium adhuc expectare oportere; adeoque biennium iſtud non diſtractioni pignoris, ſed dominii impetrationi præfinitum eſſe: *Tum* quia Iuſtinian. in principio illius *l.* præfatur, ſe de eo acturum creditore, qui ius dominii impetrare velit; iure autẽ noſtro ſic comparatũ, vt reſponſio generalis ad interrogatum referri debeat, vt nõ amplius quiſquã reſpondiſſe intelligatur, quam de quo interrogatus fuerit. §. *præterea. Inſt. de inutil. ſtipul.* *Tum* etiam quod *d. l. fin. §. 1.* correctoria ſit, cuiuſmodi leges non extendi, ſed reſtringi conueniat.

Veruntamen quod de pignoris diſtractione adductus text⁹ ex *d. l. fin. §. 1.* loquatur, manifeſtũ eſt, & ita quidẽ manifeſtũ, vt nulli penitus dubitationi locus eſſe poſſit, ait enim Iuſtinianus, licentiam dari creditori poſt biennium rem oppignoratam vendere, non vero dicit, dominium impetrare.

Nec obſtat quod Iuſtinianus in principio illius *l. & in ſequent. vt & in toto illo titulo* agat de impetratione dominii: nam vſitatiſſimum hoc eſt legumlatoribus, vt quãdo actum aliquem plenius deſcribere volunt, tam antecedentia, quam cõſequentia illius actus omniaq; per q̃ ad iſtũ peruenitur actum, accurate deſcribã. Sic igitur & hoc loco Iuſtinian. cũ exponere vellet, qua ratione pignoris dominiũ impetrari oporteat, oſtẽdit quãdo res venalis exponi & diſtrahi debeat, ꝙ antecedẽs eſt impetrationis dominii, & dicit, ſi nulla pactio interuenerit licentiã fœneratori ex denunciatione vel ex ſententia iudiciali poſt biennium, ex quo atteſtatio miſſa, vel ſententia prolata eſt, numerandum eam vendere, &c. è quibus verbis perſpicuum eſt, hunc in dominio impetrando proceſſum & ordinem obſeruandum, vt poſt ternam denunciationem vel ſententiam iudicialem, elapſo biennio, poſſit res vendi, vel venalis exponi: quo facto, ſi nullus ſe offerat emptor tum poſt factam iterum denunciationem & ab expectato biennio, dominium creditor impetret.

Ad *l. ceſſante l. prius. C. de diſtract. pign. & l. 4. ff. de pign. act.* reſpondetur, eas omnes &, ſi quæ ſint præterea, alias abrogatas & emendatas eſſe dicta *l. fin. Cod. de iure dom. impetran.* Nam illic Iuſtiniano propoſitũ fuiſſe ius nouum proponere & vetus emendare ex *princ. &* §. 1. illius conſtitutionis abundè relucet.

Ad rationem vero, ex Donello poſtremo loco allegatam, reſpondeo, cum diſtractio pignoris magno p̃iudicio debitoris ſit coniuncta, eumq; rei ſuæ dominio priuet, quod tamẽ inuito domino auferri naturalis ratio prohibet *l. 11. ff. de reg. iur.* idcirco, ne maturius domini rerũ ſuarum dominio defraudentur, Iuſtinianus recte conſtituit, vt non protenus ad diſtractionem rei pignoratę perueniri poſſet, moram debitore committente, ſed ſpacium quoddam debitor habeat, intra quod ſoluere & pignus redimere poſſit; quod vtique æquitati & benignitati maxime



Digitized by Google

xune conuenit. Interim tamen pignus nō eſt creditori inutile, ſed ipſum de credito ſuo recipiendo ſecurum reddit.

Qu. 50. *Quantū temporis inter ſingulas denunciationes intercedere debeat?*

Quod de trib. denunciationibus, quæ præcedere debeant pignoris diſtractionem, quando conuenit ne pignus vēderetur à creditore, aſſeritur; id non ita accipiendum eſt, quaſi ſufficiat eodē tempore ter ita dici debitori *ſolue, ſolue, ſolue*. Nā hoc nihil ab vna denunciatione differret, & pluſquam veteratorium foret tres denunciationes verbis exigere, quæ re ipſa nihil amplius commodi afferant reo ad conquirendam pecuniam, quam vna; ſed ita fieri oportet iſtas tres denunciationes, vt inter ſingulas aliquod interuallum intercedat: quale vero & quantū debeat eſſe interuallum controuertitur inter Doctores? Pleriſque placet vnum diē inter vnamquamq; denunciationem intercedere debere; idque ideo, quia in iure conſtitutum legitur, in cauſa criminali abſentem rem, pro quo nemo excuſationes adfert per triduum citari debere *l. inter Digeſt. de public. iudic.* vnde concludunt, quod ſicut hic inter ſingulas citationes ſpacium vnius diei intercedere debet; ita quoque inter ſingulas denunciationes pari modo vnus dies interuenire debeat.

Verum Donellus rectè ad hoc argumentum reſpondet conſequentiam negando: ſi enim à citatione per triduum, in cauſa criminali facienda, rectè infertur ad denunciationē in propoſito debitori faciendam, tum conſequens erit vt debitor per ſingulos dies ter admoneatur: nā hoc in reo ex cauſa criminali citando requiritur in *d. l. inter.* Deinde ordo iudicii criminalis & celeritas conficiendæ rei cum officio priuati creditoris in debitore admonendo nihil coniunctum aut commune habet.

Ipſe igitur Donellus probabilius dici exiſtimat, ita ter denunciandum eſſe debitori, vt per interuallū denuncietur non minus, quam decem dierum, atq; ita poſt triginta demum dies creditori pignus vēdere liceat: probat autem hanc opinionē ſuam primo exinde, quod cum in edicto de pecunia conſtituta prætor pollicetur actionem, ſi is, qui conſtituit, non ſoluiſſet, ſed poſt aliquod ſaltem modicum tēpus; hoc Vlpian. ſi interpretatus eſt, non minus quam decem dierum *l. promiſſor. §. ſi ſine ff. de pecun conſtit.*

Item cum in cauſa ciuili reus tribus edictis, hoc eſt, denunciationibus, de quibus hoc agitur, lege vocandus eſſet, idem Vlpianus tria edicta ſic accepit, vt interponi deberent per interuallum non minus decem dierum *l. ad peremptorium & l. ſeq. ff. de iudic.*

Congruit inſuper hæc ſententia legi duodecim tabularum. Nam ea lege æris confeſſis & debiti iudicatis triginta dies dati fuerunt conquirendæ pecuniæ cauſa, quam diſſoluerent, vt teſtis eſt Gellius *lib. 20. capit. 1.* Cum igitur illis in locis, in quibus de exigenda pecunia conueniendoque debitore poſt tempus aliquod agitur, nec tempus exprimitur vel determinatur, decendium intelligatur, videtur hinc inferendum, in propoſito inter vnamquamque denunciationem decendium intercedere debere.

Verum nec hæc Donelli ſententia nititur ratione ſatis valida, quandoquidem nec vniuerſale, nec regulare eſt quod in locis illis in quibus de pecunia exigenda & de conueniendo poſt aliquod tempus reo agitur, per tempus illud, expreſſe nō determinatum, intelligitur decendium, ſed illis duntaxat in caſibus obtinet, quibus ſpecialiter nominatim & expreſſe à lege tempus iſtud eſt definitum, ſicut in ſuperioribus caſibus id factum eſt.

Ego proinde in illorum ſententiā procliuior ſum, qui ſtatuunt tempus iſtud, quod inter vnamquamq; denuntiationē intercedere dicitur, arbitrio iudicis, pro circum-

Digitized by Google

circumſtantiis cum ipſius debitoris, tum rei debitæ eſſe definiendum ac determinandum, quia nullibi in iure determinatum eſt nec etiam vlla lex occurrit, ex qua definiri & determinari valeat: quod autē definitum in iure noſtro non reperitur, id iudicis diſcretioni & arbitrio determinandum relinqui debet *l. 1. Dig. de iure deliberand.*

Lit. F. Denunciationem iſtam, quam oportet præcedere diſtractionem teſtatò, hoc eſt, teſtibus adhibitis, fieri debere Imperator præcipit in *l. 4. Codic. de diſtract. pign.* Quod de iure Saxonico hic ſubiicit Author noſter, id cum ſit expeditum & ſatis aperte in allegatis textibus definitum, nō opus erit hoc loco prolixiori commentario, videre tamen poteſt, qui vult, Colerū in loco ab Authore citato & Daniel. Mollerum ad *conſtit. Electoral. Aug part. 1. tit. 32.*

Lit. G. Porro non ſolum pactione de non diſtrahendo pignore interpoſita, bienniū à denunciatione facta, debet expectari, ſed etiam ſi nulla penitus de pignoris diſtractione pactio fuerit facta; id quod ſane Iuſtinianus in *l. vlt. Codic. de iure dom. impetrand.* apertè profitetur; *Sin autem,* in quiens, *nulla pactio intercesserit, licentia dabitur fœneratori ex denunciatione vel ex ſententia iudiciali poſt biennium, ex quo atteſtatio miſſa, vel ſententia prolata eſt numerandum eum vendere.* Huc etiam pro reſolutione præſentis quæſtionis referri debent, quæ ſupra ſub præcedenti litera ſunt dicta.

Hanc præterea diſtractionem rei oppignoratę non poteſt debitor obnunciatione ſua & prohibitione vllatenus impedire nec efficere quominus creditor pignus vendat; Et quidem ſi de ſolutione debita ratione admonitus fuerit, nec tamen ſoluerit, ab eaque denunciatione biennium ſit præterlapſum, non amplius audietur? Cum ius diſtrahendi rem oppignoratam ſit quęſitum creditori *l. ſi ceſſante. C. de diſtract. pign.* quod impedire debitor nuda ac ſola denunciatione nequit *arg. l. id quod noſtrū. 11. ff. de R. I.* Sane ſi debitor offerat debitum ante ſolutionem, & quidem integrum debitū impediri diſtractionem placuit Imperatoribus in *l. 1. & 2. C. debitorē vendit. pignoris impediri nō poſſe.*

Sed vtrum creditor, rem oppignoratā vendens, poſſit emptori de pretio fidem habere, dubitari ſolet? Affirmatiua tamē veritati propius accedere videtur: quæ etiam confirmatur *l. 24. §. 2. ff. de pign. act.* ibi enim proponitur aperte pignus ita venditum vt creditor fidem emptori de pretio habuerit: verba Iuriſconſulti hæc ſunt: *Si vendiderit quidē creditor pignus pluris, quam debitum erat, nondum autem pretium ab emptore exegerit, an pignoratitio iudicio conueniri poſſit ad ſuperfluum reddendum, an vero vel expectare debeat quoad emptor ſoluat, vel ſuſcipere actiones aduerſus emptorem? & arbitror non eſſe vrgendum ad ſolutionem creditorem, ſed aut expectare debere debitorem, aut ſi non expectat, mandandas ei actiones aduerſus emptorem periculo tamen venditoris. Quod ſi accepit iam pecuniam, ſuperfluum reddet.* Qu. 51. *An creditor diſtrahere rem pignoratā poſſit emptori de pretio fidem habere?*

Ecce hic ꝓpoſita quæſtio aperte eſt deciſa, quod videlicet creditor in diſtractione rei pignoratæ fidē emptori de pretio habere poſſit. Quam ſententiam & hæc ratio corroborat, quod creditor vendens rem ſibi pignoratam, cenſeatur eam voluntate debitoris, ſi non expreſſa, tacita tamen vendere; ſicut proinde ipſe debitor idemq; dominus rei pignoratæ eam vendens emptori poſſet fidem de pretio habere, ita quoque creditor.

Adde quod creditor hoc caſu, quo legitimè vēdit pignus, cenſeatur procurator ipſius debitoris & domini pignoris *l. eleganter §. ſi vendiderit ff. de pign. act.* procurator autem, rem domini diſtrahens, ſiquidem mandatum habeat ſpeciale, aut mādatum cum libera fidem non minus habere emptori poſſit, atq; ipſe dominus. Neguzant. *de pign. part. 6. membr. 1. n. 37.*

Effe-

Digitized by Google

Qu. 52. *An creditor in emptorē pignoris dominium transferat & irreuocabiliter transferat?*

Effectus diſtractionis pignoris hic eſt vt dominium in emptorem transferatur *l.4.ff.de pignorat.act.§.1.I.quib.alien.licet vel non.*

Nec obſtat vulgaris regula iuris, quod nemo poſſit plus iuris in alium transferre, quam ipſe habet *l.54.ff.de reg.iur.* & ideo creditor quia non eſt rei ſibi oppignoratæ dominus, nequeat alii, cui eam vendit, dominium præbere.

Ad hoc enim reſpondit ipſe Iuſtinianus in §. *1. I. quibus alien.lic.vel non*, oſtendens prædictam regulam officium ſuum perdere & exceptionem habere in creditore, qui alienare rem, & cum effectu translationis dominii alienare queat. Id quod clarius adhuc in *l.non eſt nouum 45. ff.de acquir.dom.* Vlpianus confirmat: *Non eſt nouum*, inquiens, *vt qui dominium non habet, alii dominium præbeat: Nam & creditor pignus vendendo cauſam dominii præſtat, quam ipſe non habuit.* Id quod etiam in *l. 63.ff.de vſufruct.& l.21.ff.de acquir.poſſ.* confirmatur. Vt taceam id, quod & ſupra monuimus, creditorem pignus voluntate domini vendere, in eoque diſtrahendo procuratoris vices ſubire cenſeri.

Transfert porrò creditor rei pignoratæ dominium in emptorem pleno iure ac irreuocabiliter; ita vt quamuis debitor vel ſecundus creditor pecuniam emptori offerat, non poſſit tamen emptori auferri & ab ipſo in alium transferri *l. 3. ff.de diſtract.pign.l.1.Cod.ſi antiq.cre lit.*

Et ratio huius videtur eſſe perſpicua, quod nempe id quod noſtrum eſt non poſſit nobis auferri & ad alium transferri *l.11.ff.de reg.iur.* iam vero emptori res pignorata ipſi legitime ex titulo emptionis vēditionis eſt acquiſita, ei igitur non poteſt à debitore auferri, pretio oblato.

Nec obſtat huic quod, pretio à creditore accepto, debitor dimittitur; ac ſolutione eius quod debetur, itemque liberatione obligationis principalis pignus quoque liberatur; adeoque debitor, ſi pecuniam offert, rem ſuam, pignore ſublato, poſſit auocare: Denique ſolutione eius quod debetur, debitori pignoratitia naſcatur actio *l.ſi rem §.omnis. ff.de pignorat.act.*

Rectè enim ad hoc Donellus reſpondet, cum creditor ius obligationis pignusq; vēdidit & pecuniā accepit ab empore, nihilominus manere principalē obligationem integram, quia pretii loco ea pecunia accipitur non ſolutionis nomine *l.ſoluitur §.1 ff.quib. mod. pign.vel hypotheca ſolv.*

Deinde, poſito eo, quod cum creditor, diſtracto pignore, pretium ab emptore accipit, obligatio principalis diſſoluatur, exinde tamen perperam infertur quod debitor, re iam non amplius integra, emptori, cui legitimè res quæſita eſt, auferre rem iſtam poſſit; quod enim dicitur, principali obligatione diſſoluta, etiam pignus liberari, verum eſt ſi vel ſolutione, vel debiti oblatione aut alia ſatisfactione ab ipſo debitore, maturè & tempeſtiue facta, debitum principale diſſolutum fuerit, id quod in propoſito factum eſſe dici non poteſt, præſupponimus quippe quod admonitus & interpellatus deditor non ſoluerit, ſed moram in ſoluendo contraxerit. Et cum, prout paulo ſupra dicebatur, creditor denunciatione prius legitime facta, adhibitiſque à iure ſolennitatibus præſcriptis, diſtraxerit rem pignoratam ex voluntate & mandatu debitoris, tanquam procurator eius eam diſtrahere cenſeatur *l.eleganter §.ſi vendiderit.ff.de pignorat.act.* qua, obſecro, fronte repetet debitor rem ſua voluntate diſtractam & alteri venditam? cum id, quod ſemel placuit, diſplicere amplius nequeat, nec in alterius præiudicium conſilium ſuum quiſquam mutare queat, vt vulgares habent iuris regulæ.

Cæterum quod dicitur re à creditore legitime diſtracta, emptori non amplius

pretio

Digitized by Google

precio oblato, rem iſtam à debitore auferri poſſe, non eſt perpetuum, ſed fallit & exceptionem habet non ſolum eo caſu quo in pignoris diſtractione conuenit, vt ſi creditor pecuniam obtulerit liceret pignus venditum recipere, *l.2. Codic. de pact.int. empt.* ſed & iſto caſu, quod inter creditorem & emptorem pignoris conuenit vt ſi ab ipſo debitore intra certum tempus pecunia offeratur, ipſe rem ſuam recipiat *l. ſi creditor. 7. §. 1. Digeſt. de diſtr. pign.* Hiſce quippe caſibus, vt ex allegatis textibus relucet, iuri offerendi eſt locus & poteſt, oblato ac reſtituto precio, emptori pignoris res pignorata auferri.

Nec refragatur poſteriori caſui *d.l.7.§. 1.* quod nemo alteri, cuius iuri & poteſtati ſubiectus non eſt, paciſci & paciſcendo acquirere obligationem queat *l. multum. C. ſi quis alteri vel ſibi l. quacunque ff. de oblig. & act. l. ita ſtipulatus §. Chryſogonus. ff. de verb. obligat.*

Reſp. Etenim de præſenti hac pactione extant Vlpiani & Marciani reſponſa in *l. ſi cum venderet Digeſt. de pign. act. & d. l.7. §.1. Digeſt. de diſtract. pign.* quæ vtriq; actionem dari iubent, & creditori, quam debitori cedere cogatur, & debitori ipſi, qua ille ſuo iure vtatur, etiamſi à debitore ceſſam non acceperit. Nec impedit quod alteri inutiliter ſtipulamur vel paciſcimur, nec ex tali pactione aut ſtipulatione nobis acquiritur, hoc verum eſt, ſi noſtra non interſit pactione alteri acquiri: Quod ſi enim noſtra quid intereſt, magis intelligimur nobis ipſis, quam alij pacti aut ſtipulati, & ideo etiam ex tali pactione aut ſtipulatione agere poſſumus *l. ſtipulatio iſta. §. ſi ſtipuler. Digeſt. de verbor. obligat.* Intereſt autem in propoſito creditoris diſtrahentis, cum certa lege vendiderit, quam alii ex bona fide, iudicio pignoratitio præſtare debeat, aut legem eam ſeruari, aut rem apud emptorem non manere. Quam actionem ſi cedat debitori, liberatur.

Quod autem in hac ſpecie debitori ipſi actio datur, intelligitur actio in rem *d. l. ſi cum venderet.* aut quoniam dominium apud debitorem manſiſſe intelligitur ex conuentione & facto creditoris actionem in factum conceptam qua per narrationem eius, quod factum eſt, debitor id conſequatur vt ſecundum cōditionem, quam probat euenisse, emptione reſciſſa, rem ſuam recipiat: Hæc autem in rem actio non acquiritur debitori, ſed cū iam ante illi⁹ fuiſſet, retinetur ab ea, quod regula iuris non prohibet. Vt enim creditor, ſi omnino rem non venderet, eo modo rem ſuam domino retineret; ita, ſi certa lege vendiderit, qua eueniente emptio reſcinderetur, ea lege debitori recte retinebit Donell. *d. tract. de pignor. c.12.*

Illud certum & indubitatum eſt creditorē pignus vendentem, emptori de euictione nō teneri: Etſi enim regulariter venditor emptori de euictione teneatur *tot. tit. ff. de euict.* quia tamen in propoſito caſu venditor rem non ſua, ſed debitoris fide diſtrahit; ideo ratio non patitur de euictione ipſum teneri. Interim tamē debitor, ne ex aliena iactura locupletetur atq; ex venditione rei alienæ liberationē conſequatur, vtili actione conueniri poterit ab emptore ad pretium refundendum, aut iure emptor poſtulabit cedi ſibi pignoratitiam contrariam à creditore, qua in id, quod ſua intereſt, debitorem conueniat, qui rem alienam contra bonam fidem obligarit.

Si porro res pignorata, pręmiſſis præmittendis, venalis fuerit expoſita, nec ſe emptor obtulerit, nec etiam debitor pignus luerit, addicitur pignus creditori iure dominii, ſed poſtquam addictum eſt à principe, qui ſolus hoc facere poteſt, adhuc licebit debitori, cui⁹ dominio pign⁹ luere & dominium ad ſe reuocare, perin-

L de at-

de atq; ſi addictum pignus nõ fuit creditori. Et olim quidẽ licebat luere addictionẽ intra annum *l. ſi quis alienum §. vlt. ff. de acquir. dom.* hodie licet intra biennium ex Iuſtin. conſtitutione *l. vlt. C. intr. biennium poſt addict.* Et ex eadẽ conſtitutione nõ addicitur pignus creditori iure dominii ante biennium poſt condemnationẽ debitoris, vel poſt denunciationẽ ei factam, vt pignus luat ne diſtrahatur, videlicet ſi de pignore diſtrahendo nihil conuenerit inter contrahentes: nam quod conuentum erat, tuẽdum eſt, ſiue conuenerit de tempore quo venierit pignus, ſiue de loco, ſiue de pretio, ſiue de lege venditionis *l. vlt. C. de iure dom. impetr.* At ſi de ea re nihil conuenerit, ſi lex contractus huic rei non impoſuerit modum & finem, Iuſtinianus modum præſtituit non præſcribendo pignori, quod proſcribi & venum exponi quandoq; poteſt, ceſſante ſolutione, ſed potiſſimum biennium præſtituit addicẽdo dominio pignoris poſt condemnatũ vel denunciatum debitorem, vt ante biennium non addicatur dominium creditori auctoritate principis. Et rurſus poſt addictionem, quæ fit tranſacto illo biennio, dat Iuſtinianus debitori aliud biennium luendo pignori, ſoluta omni pecunia & vſuris & ſumptib. litis, factis in impetranda addictione à principe & omnibus damnis æſtimandis: Atq; ita ex illis longis temporibus, quæ concedit Iuſtin. apparet eũ ægre concedere creditoribus dominii impetrationem, cum nolit addici ante biennium & poſt biennium factã addictionem velit intra aliud biennium poſſe reſcindi, oblato debito & eo quod intereſt, facta integra luitione pignoris.

Qu. 53. *An pignus, ſorte ſoluta, in vſuras retineri poſſit?* Si debitor ſortem exſoluerit eiusue nomine creditori ſatisfecerit, quæſtio eſt vtrum pignus à creditore reſtituendum ſit debitori, an vero tamdiu retineri poſſit, donec vſurarum quoque nomine ſatisfactum fuerit creditori?

Affirmandum hoc videtur, propterea quod alias iure cautum & conſtitutum eſt, vt pignus non tantum in eam ſummam, in quam expreſſe obligatum eſt, ſed in illud debitum retineri poſſit, pro quo pignus oblatum non fuit *l. vnic. Codic. etiam ob chirographar. pec.* Si proinde pignus in vſuras tantum obligatum fuerit, vſuris ſolutis, pignus adhuc propter ſortem retineri poterit, & vice verſa, ſi pignus in ſortem duntaxat obligatum fuerit, ſorte ſoluta retineri adhuc poterit in vſuras.

Veruntamen contrarium aperte conſtitutum eſt in *l. 11. §. 3. ff. de pign. act.* quæ docet, pignus obligatum in vſuras tantum, ſiue ex pacto, ſiue ex ſtipulatione debitas, nõ poſſe retineri ob ſortem chirographariam, & pignus obligatum in ſortẽ tantũ nõ poſſe retineri ob vſuras chirographarias: verba legis ſunt hæc: *Si in ſortẽ duntaxat vel in vſuras obſtrictum eſt pignus; eo ſoluto, propter quod obligatũ eſt, locum habet pignoratitia: Siue autem vſuræ in ſtipulatum ſint deductæ, ſiue non: Si tamen pignus & in eas obligatum fuit, quandiu quid ex his debetur, pignoratitia ceſſabit.*

Reſpondet quidem Donellus in hac *l. 11.* pignus obligatum eſſe duntaxat in alteram ſummam, vel in ſortem vel vſuras, ſic vt hoc diſerte expreſſum fuerit quod in eam ſummam duntaxat & non etiam in alteram pignus obligatum eſſe debeat. Hoc caſu, ait, concedendum eſſe eo ſoluto, in quod pignus obligatum fuerat, pignoratitiam competere, nec in alteram ſummam poſſe pignus retineri; ſecus vero ſi hoc nominatim & diſerte expreſſum non fuerit. Sed diuinatoria eſt hæc reſponſio, nec colligi poteſt ex verbis *dict. leg. 11. §. 3.* talem caſum ibi propoſitum & deciſum fuiſſe.

Alii reſpondent, odio vſurarum ſingulariter hoc eſſe in vſuris receptum, vt illarum nomine pignus non poſſit retineri.

Digitized by Google

neri, ſorte, in quam obligatum erat, ſoluta.

Præterquam enim quod hæc reſponſio in mera diuinatione & coniectura conſiſtat, cum ex *dict. l. 11. §. 3.* nihil tale colligi queat, falſum etiam eſt vſuras quatenus ſeſe intra modum à lege definitum continent, nec eundem excedunt, odioſas eſſe: nec odium illarum exinde deducitur, quod pacto, in continenti adiecto mutuo, promiſſæ exigi non poſſunt, ſicut aliæ res pacto, quod in continenti contractui adiicitur, promiſſæ actione peti & exigi valent. Nam huius rei cauſa non conſiſtit in odio vſurarum, ſed in natura & conditione contractus mutui, quæ eſt vt mutuum debeat eſſe gratuitum, nec conueniri poſſit, vt plus quam creditum eſt, reddatur *l. 17. pr. ff. de pact.* Huic igitur naturæ mutui cum aduerſetur pactum de præſtandis vſuris, non poteſt ſubſtantiam eius ingredi & actionem parere.

Iacobus Cuiacius ait fortiter defendi poſſe, in *dict. §. 3. l. 11.* ſic legendum eſſe, *ſi in ſortem duntaxat, non in vſuras*: ſed hoc eſſet emendare textum & lectionem receptam atque conſtantem, quod ſane fieri non debet, maxime quando textus difficultati alia ratione mederi licet.

Reſpondet proinde idem Cuiacius *d. l. vnic. Cod. etiam pro chirographaria pecun.* loqui de duabus ſortibus principaliter debitis, nempe hypothecaria & chirographaria, & velle, ſoluta hypothecaria ſorte, pignus adhuc propter chirographariam retineri poſſe: non autem loqui de ſorte & vſuris vt faciat *dict. leg. 11. §. 3.* à finibus autem quos conſtitutio *d. l. vnic.* circumſcripſerit non eſſe recedendum.

Verum huic obſtat generalitas *d. l. vnica* quæ concepta eſt de duabus pecuniis debitis, quarum vna ſit hypothecaria, altera chyrographaria: quid igitur ſi pecunia principaliter & tanquam ſors debita, ſit hypothecaria, pecunia verò, vſurarum nomine debita, ſit chirographaria? Certe ſecundum *d. l. vnica* diſpoſitionem ſoluta pecunia principaliter debita, retineri pignus propter vſuras poterit. Et conſtitutio iſta non loquitur de duabus ſortibus, vt ſomniat Cuiacius, ſed de duabus pecuniis, diuerſo iure debitis. Adhæc, ratio à Cuiacio nulla adfertur, ob quam aliud, quoad propoſitum, in duabus ſortibus, & aliud in ſorte & vſuris conſtitui debeat.

Rectius itaque Donellus reſpondet: id quod in *dict. l. vnic.* dicitur, pignus in vnam ſummam obligatum, in alteram ſummam retineri poſſe, ſic accipiendum eſſe, ſi altera ſumma poſtea credita ſit ſine pignore: quod ſi cum pignus in vnam ſummam dabatur, vtraque ſumma iam debita fuerit, vt accidit cum & ſors & vſuræ debentur, dicendum ſe, ait Donellus, pignus in vnam ſummam obligatum, in alteram ſummam teneri non poſſe; idque ideo, quia qui in vnam dedit, is alteram excepiſſe intelligatur *arg. l. ſi cum dotem in pr. Digeſt. ſolut. matrim. l. maritus Cod. de prec.* Quocirca, ſi vſuræ nondum fuerint debitæ, cum ſorte pignus vel hypotheca conſtitueretur, placet pignus, pro ſorte datum, etiam pro vſuris obligatum eſſe: ſin vero eo tempore, quo pignus pro ſorte fuit conſtitutum, & vſuræ debitæ iam fuerint, pignus pro ſorte obligatum, non cenſebitur etiam pro vſuris obligatum eſſe; ac proinde ſorte, pro qua pignus obligatum erat, ſoluta, non poterit pignus pro vſuris à creditore retineri, ſed de reſtituendo pignore dabitur debitori pignoratitia actio. Et de hoc caſu poſteriori exaudiri debet obſcura & valde difficilis *lex Solu-*



Digitized by Google

Sed contrariam ſententiam, quam poſt veteres propugnat Anton. Neguzant. in *tract. de pign. part. 5. membr. 3. nu. 26.* ſtabilire videtur textus in *l. Paulus §. fin. Digeſt. quibus mod. hypotheca ſoluitur.* vbi Paulus hæc in verba ſcribit: *Qui pignoris iure rem perſequuntur, vindicatione rei eos remouere ſolere, ſi qualiscunque poſſeſſor offerre vellet: neque enim debet quæri de iure poſſeſſoris, cum ius petitoris remoueatur ſoluto pignore.*

Ego priorem opinionem veriorem eſſe ſtatuo. Moueor imprimis *d. l. 16. ff. qui pot. in pign.* nam ſi, quoad ius cedendarum actionum, in propoſito, nil quicquam referret, qualis eſſet poſſeſſor offerens, nullaque foret inter iniuſtum & iuſtum poſſeſſorem differentia, rationem profecto nullam penitus habuiſſet in ſpecie iuſto poſſeſſori ius petendi & impetrandi ceſſionem tribuere.

Nec moueor *d. l. Paulus reſpondit 12. Digeſt. quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluit.* ad hanc enim bene poſt Caſtrenſem reſpondet Molinæus, loqui eam de iure duntaxat offerendi & ſoluendi liberandique pignus, non etiam de iure impetrandi ceſſionem actionum, de quo ſane altiſſimum eſt ſilentium.

Nec impedit quod Neguzantius hic regerit, quod ſi textus ille loqueretur duntaxat de iure offerendi & non etiam de iure ceſſionem petendi & impetrandi, deciſio foret de caſu plane indubitabili, contra *l. quod Labeo. de carbon.* cum de iure quilibet etiam non poſſidens habeat ius offerendi & ſoluendi ad effectum extinguendi obligationem & actionem necnon liberandi rem hypothecatam etiam inuito creditore *l. ſoluendo Digeſt. de negot. geſtis.* igitur vt de dubitabili caſu *d. l. 12.* loquatur, dicendum videtur quod oblatio debiti fieri poſſit etiam ad impetrandum ceſſionem.

Hoc, inquam, non impedit ſententiam meam; nam id quod de quouis in genere ſtatutum eſt, quod creditori ſoluendo pignus liberare poſſit, etiam inuito creditore id ad ſpeciem atque eum, qui ex iniuſto titulo rem oppignoratam poſſidet, accommodari abſurdum non eſt: deinde de iniuſto poſſeſſore dubitari poterat, anne ſoluere & pignus inuito creditore liberare illudque retinere poſſet, quia non videbatur illi vllatenus in poſſeſſione iniuſta fauendum aut patrocinandum; opus proinde fuit ſpeciali de ipſo deciſione, *Denique* quod leges caſum dubitabilem deciſiſſe præſumantur, in tantum in dubio locum habet, ceſſat vero iſta coniectura & præſumptio, quando planum & perſpicuum eſt, quod caſum indubitabilem decidere leges velint, vt hic in propoſito illud manifeſtum & admodum perſpicuum eſt.

Cæterum, vt pignus liberetur, integrum debitum exſolui oportet, parte debiti ſoluta ne quidem pro parte pignus liberatur: hoc quippe diſerte Gordianus in *l. 6. C. de diſtract. pign.* his verbis confirmat: *quamdiu non eſt integra pecunia creditori numerata, etiamſi pro parte maiore eam conſecutus ſit, diſtrahendi rem obligatam, non amittit facultatem, &, quod huic conſequens eſt, non vult Imperator vllatenus pignus liberari:* & ratio huius eſt iſta, quod pignoris obligatio indiuidua eſt, & ideo pro parte diſſolui nequit: idcirco vero eſt indiuidua, quia ſingulæ pignoris partes pro toto & integro debito ſunt obligatæ.

Vtrum vero oblatione alterius pignoris æque idonei liberatio pignoris, inuito creditore, contingat, quemadmodum oblatione & ſolutione debiti, in controuerſiam à nonnullis vocatur? Affirmat quidem hoc Neguzant. *part. 3. membr. 1. n. 21.* qui, etſi nullam aſſertionis huius rationem adducat, ea tamen ſequentibus argumentis ſtabiliri & confirmari videtur. Qu. 54. *An oblatione pignoris alterius, æque idonei, prius liberetur?*

1. Si ex huiuſmodi pignorum mutatione nullum creditor eſt paſſurus dánum, cur, quæſo, non bona voluntate gratificaretur debitori, ſi ei æquipollenter ab ipſo aſſecuratio præſtari queat? Atqui ex hac pignorum mutatione non poteſt vllum damnum emergere creditori, cum præſupponatur æque idoneum pignus ipſi offerri. Igitur pignus æque idoneum oblatum acceptare cogitur.

2. Regula eſt iuris & æquitatis, vt, quod tibi non nocet & mihi prodeſt, faciendum tibi incumbat, quæ regula, præterquam quod in humanitate & æquitate fundatur, etiam fundamentum habet in *l.38. in verb. conſtituimus vero vt ſi paratus eſt dominus tantum dare, quantum habiturus eſt poſſeſſor his rebus ablatis, fiat ei poteſtas; neque malitiis indulgendum eſt ff. de rei vindicat.* iam vero mutatio pignorum non nocet creditori, profutura vero eſt debitori: ergo eam admittere debet creditor.

3. Accedit quod & locator, qui patientiam vtendi fruendi, re locata, præſtare tenetur, aliam æque idoneam rē præſtare volens, audiri debeat *l. ſi quis domum. vbi gloſſa & Dd. præſertim Caſtrenſ. ff locati.* Igitur conſimiliter debitor, pignus æque idoneum creditori offerens, audiri debet.

4. Adde quod Seruitus viæ, quæ ſemel aſſignata eſt, immutari poſſit, ſi via æque commoda alibi præſtetur *l.2. §. penult. ff. de religioſ.*

Pro contraria vero & negatiua opinione facit primo textus in *l. ſi mandatu meo 45. § item ſi. ff. mandati*: vbi cauetur fideiuſſorem non poſſe mutari, nec creditorem, alio æque idoneo fideiuſſore oblato, dimittendum eſſe; par autem & eadem ratio, quoad præſens negotium in fideiuſſore & pignore obtinet, cum fideiuſſor non minus, atque pignus, in ſecuritatem crediti obligetur.

2. Accedit quod aliud pro alio ſoluendo non liberatur debitor *pr. I. quib. mod. obligat. ſoluit.* Atqui ſi teneretur creditor aliud accipere pignus & prius dimittere, certe aliud pro alio ipſi ſolueretur.

3. Inſuper quando obligatio pignoris iam conſiſtit tanquam perfecta, non cogitur aliter dimittere debitorem, quam ſi huic ſatisfaciat creditori ſuo: quo quis neceſſitate adſtringitur ad aliquid faciendum, vel dandum *pr. I. de obligat.* atqui ſi oblatione pignoris æque idonei liberaretur debitor, ſane non neceſſitate adſtringeretur ad id dandum vel præſtandum, de quo conuenit, ſed ſe inuito creditore aliter etiam, quam ſolutione eius rei, ad quam ſe obligauit, obligatione expedire poſſet.

Et hanc poſteriorem ſententiam veritati omnino conſonam eſſe iudico; nil quicquam refragantibus iis, quæ ſupra in contrarium allata fuerunt.

*Ad primum* enim reſpondeo, non ſtatim quicquid gratificationis eſt, eſſe etiam neceſſitatis aut coactionis *arg. l. donari ff. de donat. l. non quicquid ff. de donationibus.* Proinde, etſi videatur debitori aliud pignus creditori offerenti gratificādum, non tamen ad hoc ex neceſſitate quadam obſtrictus eſt creditor, ſed eius voluntati & benignitati liberum relinquitur.

*Ad ſecundum* quoque non eſt difficilis reſponſio: nam regula illa, quod id, quod nobis non nocet, alteri vero prodeſt, ſit admittendum, locum non habet eo casu, quo contractus præceſſit, qui legem præſcribit. Iaſon & Bartolus in *l.2. ff. ſolut. matrim.* Vincent. Carocius *deciſ. 4. n.11.* obſeruandum & hoc eſt, quod in continenti apparere non poſſit, num oblatum & præſentatum pignus æque, vel minus ſit idoneum atque prius; ſiquidem hoc in facto conſiſtit & tractu temporis explorari poteſt. Quis autem tempo-

ris

ris illas moleſtias æquo animo ferret & patienter deuoraret nec potius prius pignus retineret?

*Ad Tertium* reſpondeo in *d.l. ſi quis demum 9. pr. ff. locati.* domum locatam fuiſſe euictam, & dici locatorem, ſi paratus ſit aliam habitationem non minus commodam præſtare, apertiſſimum eſſe eum abſolui: quo in caſu plane ſpeciale libenter talem habitationis permutationem admittimus: Extra vero caſum illum eam diſerte ac rotunde negamus.

*Ad Quartum* reſponſio etiam expedita eſt: nam in *d.l.2.§.penult. Digeſt. de religioſ.* conceditur quidem locum viæ alio æque commodo loco permutare; ſed hoc ſolum religionis fauore admittitur: eiusmodi enim proponitur caſu, quo locus, per quem ſeruitus viæ conſtituta erat, religioſus effectus eſt, & dicitur, ſi non minus per alium locum ſeruitute viæ commode vti poſſit, locum priorem, in quem mortuus illatus erat, effici religioſum.

Soluitur præterea pignus non ſolum naturali, ſed & victa atque ciuili ſolutione debiti principalis: Quomodocunque enim debitum principale extinguatur ad liberandum pignus, veluti acceſſorium, nihil intereſſe videtur. Species autem fictæ & ciuilis obligationis eſt donatio debiti principalis vti Papinianus in *l.1. §.1. Digeſt. quib. mod. pign. vel hypotheca. ſoluit.* & res ſatis per ſe clara & perſpicua eſt.

*Lit. B.* Qu. 56. *An creditor cenſeatur donaſſe principale debi-*

Donaſſe autem principale debitum præſumitur creditor, quando cautionem ſiue chirographum debitori ſuo reſtituit, atque ſic etiam conſequenter ius pignoris remiſiſſe cenſetur.

1. Quia qui chirographum reddit, non tantum de tabulis cogitat, ſed etiam de iure debiti, cuius probatio tabulis continetur, *l. qui chirographum 59. ff. de legat. 1.* Ideoque debiti ius remittere intelligitur.

*tum quando cautionem ſiue chirographum reddit?*

2. Quia in *l. creditricem 7. Cod. de remiſſ. pign.* Alexander in hæc verba reſcribens: *Creditricem patris tui ſub obligatione fundi*, qui per chirographum nexus pignori fuerat, iubentem eandem cautionem reddi, pignoris etiam ius remiſiſſe videtur, ſignificat debitum principale omnino remiſſum, dum ius etiam pignoris remiſſum dicit.

3. Confirmatur id expreſſe *l.2. ff. de pact.* vbi Paulus. *Et ideo*, inquit, *ſi debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos conueniſſe, ne peterem, profuturumque ei conuentionis exceptionem placuit.*

4. Et Iulianus in *l. 59 ff. de legat. 1. Qui chirographum legat, non tantum de tabulis cogitat, ſed etiam de actionibus, quarum probatio tabulis continetur: appellatione enim chirographi vti nos pro ipſis actionibus, palam eſt, cum venditis chirographis intelligamus nomen vendidiſſe. Quin etſi nomen quis legauerit, id quod in actionibus eſt, legatum intelligitur.*

5. Et Vlpianus in *l.44 §.5. Digeſt. de legat. 1. eum*, ait, *qui chirographum legat debitum legare non ſolum tabulas, argumento eſt venditio: nam cum chirographa veneunt, nomen veniſſe videtur.*

6. Item Iulianus in *l. 48. §.7. eod. tit. de legat. 1. Si ita cui legatum eſſet, ſi tabulas chirographi mei heredi meo reddiderit, heres meus ei decem dato, hac conditio hanc vim habet, ſi heredem meum debito liberauerit.*

7. Qui tradit inſtrumentum, rem tradere videtur, *l.1. C. de donat.* rei autem traditio hic nihil eſt aliud quam ipſa liberatio, *l. ſi mulier. Digeſt. de condict. ob cauſam l. ſi ſponſalibus §.1. ff. de iure dot. l. ſub prætextu C. de tranſact.* creditor itaque tradendo debitori ſui crediti inſtrumentum, cenſetur liberationem tradidiſſe Bald. in *l. vnic. §. ille etiam n.4. C. de latin. lib. toll.*

8. Quia

8. Quia cum in inſtrumeto vel chirographo conſiſtat tota cautio, id eſt, ius ipſius creditoris, cum ſine eo de proprio credito conſtare non poſſit, *l. qui chirographum, de legat. 3.* vbi appellatione chirographi & ius ipſum, quod tabulis continetur, venit. Creditor ergo, qui reſtituit chirographum ſignificaſſe videtur, ſe eo iure amplius vti nolle. Et hæc ratio colligitur, *ex l. fin. Digeſt. de his quæ in teſtam.* Vbi etſi cancellatio fiat in tabulis, non præſumitur teſtatorem velle deſtruere teſtamentum, ſi aliæ tabulæ eiuſdem tenoris exiſtant Garcia in *dict. l. 2. Digeſt. de pact.*

Non obſtat 1. quod cum ſubſtantia debiti non pendeat ex ſcriptura ſeu inſtrumento, vt quod non fiat niſi ad rei geſtæ probationem, *l. 4. Digeſt. de pign. l. 4. Digeſt. de fid. inſtrum.* Conſequens videtur, ex redditione chirographi & cautionis, etiam ab ipſo creditore facta, debiti remiſſionem tacitam induci non poſſe, cum per teſtes & aliter quam per inſtrumentum poſſit debitum probari *l. qui tabulas l. 7. §. 1. ff de furt. l. Argentarius 10 §. fin. Digeſt. de edendo.*

Reſp. Hoc, inquam, non obſtat: nam is, qui chirographum reddit, non tantum de tabulis cogitat, ſed etiam de iure debiti, cuius probatio tabulis continetur, *d. l. 59. de legat. 3. l. 44. §. 5. & l. 84. §. 7. de legat. 1.* Ideoque debiti ius illud & pignoris, ſi quod fuerit, remittere intelligitur. Cum enim non cogatur creditor cautionem & chirographum reddere, niſi ſoluto ſibi debito *l. fin. Cod. ad exhib. l. 57. ff de furt.* videtur debitum haberi pro ſoluto, cum chirographum reddit, aut ſaltem promittere ſe nō petiturum, cum petendi viam ſibi præcludat reddens inſtrumentum, ex quo fundari poſſet petitio.

Non aduerſatur 2. Quod ſicut certi ſunt legitimi modi contrahendæ obligationis, ita & diſtrahendæ, *l. 44. §. 1. Digeſt. de obl. & Act.* Atqui chirographum non eſt legitimus contrahendi modus: ergo nec chirographi redditio legitimus eſt diſtrahendi modus: & conſequenter chirographo reddito, debitum non intelligitur remiſſum, nec debitor liberatus à ciuili obligatione.

Reſp. Etenim non quæritur hoc loco, vtrum per redditionem chirographi inducatur liberatio ab obligatione ciuili; ſed an redditio chirographi habeat vim pacti de non petendo. Proinde, etſi chirographo reddito, obligatio ipſo iure non ſit extincta: debitorem tamen ex hoc tacito pacto non petendo poſſe aduerſus creditorem de debito agentem ſe defendere exceptione.

Similiter non impedit 3. Quod pactum de non petendo verbis & ſermone conficiatur: At in caſu noſtro nullum de non petendo verbum intercedat.

Reſpond. Nam quotiens de voluntate conſtat eadem vis eſt taciti, quæ expreſſi: proinde licet verbis de non petendo nihil ſit actum: ipſa tamen chirographi redditio arguit, hanc fuiſſe voluntatem creditoris, ne debitum in poſterum exigeret.

Non repugnat præterea, *l. 24. ff. de probat.* In qua Modeſtinus: *Si chirographum,* inquit, *cancellatum fuerit, licet debitor præſumptione liberatus eſſe videatur, in eam tamen quantitatem, quam manifeſtis probationibus creditor ſibi adhuc deberi oſtenderit, rectè debitor conuenitur.* Ex quibus verbis colligi videtur, quod cancellatio chirographi nō inducat pactum de non petendo nec probationem ſolutionis, ſed præſumptionem duntaxat, habeat.

Reſp. Etenim *prædicta l. 24.* nihil omnino negotii nobis faceſſit, quia in caſu eius non fuit redditum chirographum, iam vero pactum illud taci-

tum

Digitized by Google

tum de non petendo non inducitur, etiamſi chirographum reperiatur apud debitorem cancellatum, niſi & probetur ipſi redditum à creditore, aut eius iuſſu, quia cancellatio inducit quidem præſumptionem ſolutionis, ſed non probationem ſolutionis, ſi creditor manifeſtis probationibus ſibi adhuc aliquid deberi probet, ſic ut nec inducat pactum de non petendo.

Non denique obſtat quod in *l.3.ff.de pact.* redditio pignoris non inducat pactum de non petendo debito principali: At vero pignus non minus cautio eſt quam chirographum, cum ideo detur, vt cautum ſit creditori, *l.59.§ fin.ff.mand.* E. nec per chirographum inducit pactum de non petendo.

Reſp. Diuerſa enim eſt ratio pignoris & hypothecæ: Rationem vero diverſitatis non vnam aſſignant Interpp. Nam primo Martinus & Iohannes, antiqui Gloſſatores, hanc rationem diuerſitatis reddunt, quod chirographi redditi nulla omnino ſit vtilitas, niſi ad inducendam coniecturã perfectæ ſolutionis, *l.14. C.de ſol l.59.de l.3,12.C.de prob.* At pignoris multiplex poteſt eſſe vſus, ſiue ad petẽdũ, ſiue ad vendendũ ſiue ad alteri cuipiã obligandum aut commodandum. Et ita etiam Hot.& Duar. ad *d.l.3.de pact.* Verum reiicit hanc rationem Cuiacius propterea, quod ex reddita cautione aliæ multæ vtilitates fingi poſſint: Nã cur, inquit, *l.pen.D.de ſol.* certior maiorque dicitur ſumi probatio ſolutæ ſortis ex apocha, quã ex reddita cautione, niſi quod apochæ nullus alius eſt vſus, redditæ cautionis multæ fingi poſſint.

Proinde ipſe Cuiacius, eumque ſecutus Antonius Faber, eam adducunt diverſitatis rationem, quod chirographo contineatur principalis obligatio, pignus autem ſit obligatio acceſſoria, vt fideiuſſor: proinde, quemadmodum, fideiuſſore liberato, nihilominus ſortis obligatio ſubſiſtit, ita, pignore liberato non ideo principalis obligatio ſit extincta: At reddito chirographo, quo principalis obligationis authoritas continetur, etiamſi de ea ſoluenda nullus tractatus habitus ſit, id tamen actu videatur, vt ſoluatur obligatio principalis.

Sed Hotomannus hanc reiicit rationem, quod chirographum neque obligatio ſit, neque contineat obligationem: alioquin eo amiſſo etiam amiſſa diceretur ipſa obligatio contra *l.cum inſtrumentis 10.C.de fide inſtrum.* ſed chirographum nihil ſit aliud, quam teſtimonium contractæ obligationis *d.l.59.de legat.3.l.12.C.de prob.*

Putat igitur Hotomannus non improbabiliter dici poſſe, effectum chirographi & pignoris redditi diſparem non eſſe, quia ſicut redditio chirographi extinguit cauſam chirographi, h.e. obligationem perſonalem; ita redditio pignoris extinguit cauſam pignoris, h.e. obligationem realem principalem vero obligationem non extinguit.

Verum ICti *in d.l.2. & 3.* diuerſitatem chirographi & pignoris quoad principalem obligationem conſtituunt: proinde exiſtimarim poſteriorem Cuiacii ſolutionem eſſe probabilem: Non obſtante eo, quod contra Hotoman. opponit: Non enim ſequitur: amiſſo inſtrumento non amittitur obligatio. Ergo obligatio in inſtrumento non continetur. Quandoquidem in teſtamento vltima defuncti voluntas continetur: Interim tamen amiſſo teſtamento non protinus vltima voluntas amiſſa dicetur.

Hinc itaque dicendum videtur quod reddito debitori à creditore pignore, nec pignoris ius eidem remiſſum cenſeatur: Si enim redditio pignoris à debito principali liberationem non pa-

rit, ſed eam integram & ſaluam relinquit, conſequens omnino videtur, quod nec pignoris obligationem diſſoluat.

Veruntamen contraria ſententia quod ſcilicet redditio pignoris pariat liberationem pignoris probat *l.1.de liberat.legat.*vbi habetur quod ſi teſtator leget debitori rem ſibi ab eo hypothecatam, cenſeatur legatum ius pignoris vt ſcilicet debitor conſequatur rem hypothecatam priusquam cogatur ſoluere heredi debitum.

Et hinc quoque apparet male inferri ſupra pro ſententia contraria hoc modo: redditio pignoris debitori à creditore facta non tollit obligationem principalem. Ergo nec pignus liberat. Siquidem in *d. l.1.* proponitur legato pignore, pignus liberatum & tamen principale debitum ſaluum permanere & integrum. Conceditur proinde redditionem pignoris hoc non operari, vt à principali debito liberatus ſit debitor, ſed vt pignoris duntaxat obligatio diſſoluatur.

*Bit.C.* Inſuper ſpecies ſolutionis eſt quoque obligatio, conſignatio & depoſitio debiti *l.1.C.qui pot.in pign.l.19.C.de vſur.* Vnde per huiuſmodi oblationem debiti, conſignationem & depoſitionem diſſoluta principali obligatione, etiam pignoris ius tolli & diſſolui conſequens eſt. Id quod etiam haut obſcure ſignificatur in *l.10.& l.fin.C.de pign.act.d. l.1.C. qui pot.in pign.*

Qu. 57. *An ſola oblatio debiti liberet pignus?* Sed vtrum ſola & nuda debiti oblatio vim & effectum ſolutionis habeat liberationemque tum debiti, principalis, tum pignoris producat, an vero & obſignatio & depoſitio pecuniæ debitæ ad hoc requiratur, dubitari fortaſſis haut immerito poſſet; propterea quod Iurispp. in *l 9.C.de ſola* oblationem debiti, opportuno loco factam, liberationem parere aiunt, eamque ſolutionem aperte appellant. Verum oblationem non liberare debitorem, niſi & conſignatio pecuniæ & depoſitio accedat, certum eſt. Idque his efficitur rationibus.

1. Si debitor plenam ſola oblatione conſequeretur liberationẽ, amplius conueniri non poſſet de eo debito, vtpote obligatione, ac conſequenter actione ſublata. Atqui adhuc conueniri poteſt debitor, poſtquam obtulit debitum; proinde oblatio ſola ipſum non liberat, nec obligationis vinculum diſſoluit. Aſſumptio patet ex *l.illud. Digeſt.de peric. & comm. rei vendit. l. 24. Digeſt. de recept. arbitr.*

3. Deinde infiniti fere textus admodum perſpicui oſtendunt, ſolam oblationem non liberare debitorem, ſed amplius etiam obſignationem & depoſitionem requiri, *l.6.C.de vſur.in verb.* pecuniam debitam cum vſuris obtuliſti, eaque non accipiente, obſignatam depoſuiſti. *& l.9.in verb.* quod ſi etiam ſortem depoſuiſti, exinde, ex quo id factum apparuerit, in vſuras non conuenieris. *C. eod.tit. l.19.in verb.* acceptam mutuo ſortem cum vſuris licitis creditoribus poſt conteſtationem offeras, ac ſi non ſuſcipiant obſignatam in publicum depone *C.eod.tit.de vſu.*

Ad hoc itaque, vt liberatio debitoris contingat, ſola oblatio debiti nõ ſufficit, ſed conſignatio quoque & depoſitio requiritur, hoc eſt, debitor pecuniam debitam præſentare debet creditori, idque opportuno loco & tempore *l.32.ff.de vſur.*quam ſi abſque iuſta & ſufficienti cauſa acceptare recuſet, obſignare, h.e. in ſacculum aut aliam materiam immiſſam includere, & ſacculo ita ſigillum imponere debet, ſic, vt niſi amoto ſigillo, ſacculus aperiri non poſſit, *l.1.§.ſi pecunia.Digeſt.depoſiti.* ita porro obſignatam deponere in tuto loco *l.tutor pro pupillo. Digeſt.de adminiſtr.tut.* tutus autem locus cenſetur, qui publicus eſt *l. a. ce-*

pr...

*ptam.C.de vſur.* His ita factis liberatio contingit.

Nec probat *d.l.9.C.de ſolut.* ſolam oblationem ad liberandum debitorem ſufficere; ſiquidem & ibi conſignatio expreſſe requiritur: verba legis hæc ſunt: *Obſignatione totius debitæ pecuniæ ſolenniter facta, liberationem contingere manifeſtum eſt. Sed ita demum oblatio debiti liberationem parit; Si eo loco, quo debetur, ſolutio fuerit celebrata.* Et quanquam depoſitionis nulla fiat mentio; tamen quod ibi omiſſum, ex aliis textibus ſupra à nobis adductis, ſupplendum eſt. Oblatio itaque pecuniæ ſolutio eſt, ac debitori liberationem, ſi nempe cum obſignatione & depoſitione debitæ pecuniæ fuerit coniuncta.

Non obſtat etiam *l.30.ff.de ſolut.* in qua poſt oblationem creditori denegatur actio: verba legis hæc ſunt: *Si debitor offerret pecuniam, quæ peteretur; creditor nollet accipere, Prætor ei denegat actiones.*

Reſp. nam hic actio iam erat mota, ſiue iam petiuerat pecuniam creditor, quam poſtea debitor obtulit actori, qui eam noluit accipere: Hoc enim caſu prætor non permittet actori, vt pergat actionem perſequi. Et ratio eſt, quod omnia iudicia ſunt abſolutoria *§.vlt.Inſt. de perpet. & temp. act.*

Idemque dicendum videtur, ſi non ipſe creditor, ſed eius procurator pecuniam petierit *l.73.ff. de procurat.* Quanquam in iſta *l.73.* ad liberationem debitoris exigatur depoſito, vt expreſſe in fine ICtus ſubiicit.

Quin & adductæ leges de ea accipi poſſunt oblatione, quam obſignatio & depoſitio pecuniæ ſubſecuta fuerit.

*Lit.D.*

Qu.58. *An volun tate ſolá creditoris liberetur pignus?*

Voluntate quoque creditoris ius pignoris debitori remittere volentis tam expreſſa, quam tacita diſſoluitur pignoris nexus: Cum enim creditoris potiſſimum gratia, quo ipſe de credito recipiendo ſit ſecurior, pignus contrahatur *§. fin. I. quib. mod. re contrahit. obligatio*, dubium non eſt, quin ſi velit pignoris nexum diſſolui, id fiat *arg. l. pen. Cod. de pact.*

Et hoc etiam ſatis dilucide cautum eſt in *l.5.ff qu b. mod. pign. ſolut.* & hoc in hypotheca, quæ nudo contrahitur conſenſu *§.7.Inſt.de act. l.1.ff de hypothecar. act.* omnino obtinere videtur: ſiquidem contractus nudo conſenſu initos, contrario conſenſu diſſolui rationis eſt. *§ fin. I. quib. mod. obligat. ſolut.*

Nec huic contrariatur *l.17.§.de pignore.ff.de pact.* vbi dicitur, actionem hypothecariam, quæ iure prætorio ex hypotheca naſcitur, tolli non ipſo iure per pactum, ſed ope demum exceptionis: Recte enim Mudæus hypothecam & actionem exinde deſcendentem per exceptionem tunc demum tolli ait, quando non directo remittitur, ſed verba ad actionem diriguntur, conuenitque inter debitorem & creditorem ne creditor petat, neue actione hypothecaria agat, vt factũ erat in *d.l.17.ff. de pignore.*

Cæterum an ne & pignus proprie ſic dictum, quod rei datione contrahitur. *§.fin.I.quib.mod.re contrah.obligat.* nuda voluntate creditoris, vel nudo & creditoris & debitoris conſenſu diſſoluatur, non ſatis expeditum; Pro Negatiua enim ſententia facit 1. quod illi duntaxat contractus mutuo contrahentium conſenſu diſſoluuntur, qui ſolo conſenſu ſunt perfecti *d.§.fin.I.quib.mod.obligat.ſoluit.* Contractus autem pignoris non contrahatur ſolo conſenſu, ſed ad ſui perfectionem, præter conſenſum, etiam rei traditionem deſideret. *d.§.fin.Inſt.quib. mod re contrah.obligat.*

Qu.59. *An pignus quod re contrahitur nuda voluntate diſſoluatur?*

2. Eodemque pertinet quod emptio venditio etſi ſolo conſenſu contrahatur, ſi tamen traditione complementum acceperit, ſolo conſenſu diſſolui nequeat *l.Ab emptione ff.de pact.d.§.fin.I.quib. mod.re contrah. obligat.* Sic igitur & pignus, rei traditione perfectum, ſolo conſenſu



Digitized by Google

ipſo iure non diſſoluetur, ſed ex conſenſu eiuſmodi naſcetur exceptio, qua actio, ex pignoris contractu deſcendens, elidatur.

Contrariam tamen ſententiam hæc tueri videtur ratio, quod creditor de pignore actionem non habeat, niſi hypothecariam, ad quam referre non videtur, vtrum pignus traditum ſit, an minus *l. 1. pr. ff. de pign. act. l. grege. §. Et in ſuperficiariis de pignoribus.* Quocirca, ſicut hypotheca & ex ipſa deſcendens actio hypothecaria, per ſolum conſenſum creditoris, ius pignoris remittentis, ipſo iure tollitur; ita quoque pignus & exinde obligatio & actio proficiſcens, ipſo iure per conſenſum tollentur.

Veruntamen, hac ratione non obſtante, procliuior ſum in priorem Accurſij opinionem; vtpote rationibus & fundamentis ſatis validis ſubnixam, contra quam nihil facit argumentum Mudæi, in contrarium adductum, laborat quippe elencho comparationis: Nam, quoad effectum producendæ hypothecariæ actionis, nihil differre hypothecam à pignore, fateor, & idem quoq; aperte profitetur Iuſtinianus in *d.* § 7. Verum, quoad cauſam efficientem ſiue conſtituentem, & quoad cauſam diſſoluentem, de qua nunc eſt quæſtio, pignus ab hypotheca plurimū differre, plus quam perſpicuum eſt, & ſubindicat hoc quoque Imperator in *d.* § 7.

Qu. 60. *An pignus legale per pignus ſubſequēs conuentionale extinguatur?*

Dubium porro & controuerſum eſt, anne tacitum pignus à lege conſtitutum, tollatur per expreſſi pignoris conſtitutionem ſuperuenientem? Negat hoc poſt Iaſonem & Iohannem Fabrum noſter Treutlerus: Sed huic opinioni aduerſari videtur, quod prouiſio hominis faciat ceſſare prouiſionem legis, vt habet vulgaris regula iuris. Igitur expreſſum pignus conuentione debitoris & creditoris conſtitutum, tanquam prouiſio hominis expreſſa, perimat prius tacitum pignus tanquam prouiſionem legis. Hinc ſi expreſſe inter conductorem domus & locatorem conuenerit, vt illata, inuecta & inducta in iſtam domum pignori eſſent pro mercede, intelligitur prior tacita hypotheca, locatori pro penſione domus in rebus illatis conſtituta ceſſare atque perempta eſſe.

2. Corroborat hanc ſententiam *l. penultim. ff. quib. mod. pign. ſoluit.* vbi quis, recipiendo fideiuſſorem à colono, videtur renunciaſſe tacitæ hypothecæ: Pari itaque modo dicendum videtur, quod is, qui expreſſam nanciſcitur hypothecam, intelligatur renunciaſſe priori tacitæ.

3. Quin etiam hoc ipſum confirmatur per textum in *l. final. Cod. de pact. conuent. tam ſuper dot.* vbi diſerte cauetur, tacitam iſtam hypothecam, quam in dote habet vxor, à lege ſibi conſtitutam, non habere locum quando vxor pro illis bonis conuentionalem & expreſſam hypothecam recipit.

4. Denique quod prior tacita hypotheca tollatur per ſequentem expreſſam hypothecam, hoc argumento probari videtur, quod hypotheca tacita, quotiens creditori efficitur inutilis, eo ipſo ſublata cenſeatur: Iam vero tacita hypotheca, quam primum eam expreſſa ſequitur, inutilis redditur creditori, cum per expreſſam ipſi abunde ſit proſpectū, & expreſſæ hypothecæ inſit tacita. Igitur per expreſſam tacita cenſeatur hypotheca ſublata.

Hæc ſententia, etſi videatur rationibus admodum probabilibus niti & veritati conſona eſſe, quo minus tamen ei ſubſcribam, prohibet *leg. 6. §. fin. ff quib. mod. pign. vel hypothec. ſolu.* vbi Vlpianus docet, ſatiſdatione, ſiue cautione, creditori à debitore facta, non intelligi à priore cautione eſſe receſſum: Igitur per expreſſam hypothecam non intelligitur

ligitur à priore tacita receſſum eſſe. Verba ICti hæc ſunt: *In ſatiſdatione autem non vtimur Attilicini ſententia, qui putabat ſi ſatiſdetur alicui certa pecunia recedere eum à pignoribus debere.*

Non aduerſatur vulgaris iſta regula, quod prouiſio hominis ceſſare faciat prouiſionem legis; Ea quippe locum non habet in prouiſione legis iam nata, ſed naſcitura duntaxat: Ita vt prouiſio hominis excludat futuram legis prouiſionem, eamque deficere faciat: prouiſionem vero legis iam factam & exiſtentem non tollat: Atqui in propoſita conſtitutione hypothecæ iam facta eſt prouiſio à lege: hæc igitur non tollitur per ſequentem hominis expreſſam prouiſionem. Deinde prædicta regula non procedit quando prouiſio hominis non eſt æque plena atque prouiſio legis, ſed prouiſio legis pinguior eſt & amplius quippiam continet prouiſione hominis: vt in propoſito tacita hypotheca plerunque priuilegiata eſt prælationis priuilegio, & plus continet quam expreſſa conuentionalis hypotheca.

Denique præfata regula procedit quando prouiſio hominis fit ad nouandum prouiſionem legis; non vero tunc quando fit citra nouandi animum, vt hîc Anton. Neguzant. *de pign. part. 2. membr. 4. n. 90. & ſeqq.*

Non etiam aduerſatur *lex penultim. ff. quib. mod.* Ad eam enim Neguzant. *prædict. loco* reſpondet, ibi hoc actum & conuentum fuiſſe inter creditorem & debitorem vt ſatiſdatione pignora eſſent liberata; atque ſic virtute pacti expreſſi conueniſſe vt tacitum pignus per ſatiſdationem ſublatum eſſet.

Conſimiliter non refragatur *dict. l. fin. Cod. de pact. conuent. tam ſup. dot.* ibi enim hoc diſponitur vt ſi maritus vxoris nomine egerit de bonis paraphernalibus & quædam exegerit, tunc pro illis bonis reſtituendis tacite obligata ſint bona mariti; Si vero expreſſa conuentione ſibi proſpexerit vxor, tunc hanc ſufficere, nec bona mariti etiam tacite pignori obligata eſſe debeant.

Ex quo colligitur, non hoc conſtitui à Iuſtiniano in *dict. l. fin.* vt tacita hypotheca extinguatur per ſuperuenientem hypothecam expreſſam, ſed hoc duntaxat ſanciri, vt hypotheca tacita conſtituta non cenſeatur in bonis marito, eo caſu, quo per expreſſam hypothecam vxor ſibi proſpexit: agitur proinde hic de naſcitura & futura hypotheca tacita impedienda, non vero de hypotheca iam nata per expreſſam tollenda.

*Ad poſtremum* reſpondetur, tacitam hypothecam non fieri inutilem per expreſſam, quia tacita ſæpe maiori nititur priuilegio, quam tacita, prout exemplum perſpicuum eſt in tacita hypotheca, quam habet ex *leg. Aſſiduis. Cod. qui pot. in pign.* Coniuncta quippe hæc eſt cum priuilegio prælationis, quod expreſſæ hypothecæ non æque cohæret.

Tacita quoque Creditoris voluntate ſoluitur pignus, cum non minus tacitum operetur quam expreſſum. Vtrum vero tunc etiam tacita voluntate pignus liberetur, quando creditor conſentit in venditionem ſeu alienationem, quæſtionis eſt? Et quidem in eo conſentiunt facile omnes, quod ſi præſens duntaxat ſit alienationi creditor & taceat, nec contradicat, non videri pignoris ius remittere voluiſſe; Idque ideo, quia creditor idcirco fortaſſis tacuit, nec alienationi contradixit, quia ſciuit alienatione ius pignoris ſibi non interuerti, nec illud extingui, ſed etiam poſt

*Lit. E* Qu. 61. *An præſens alienationi creditor tac[ens] cenſeat[ur] pignu[s] [re]mitt[ere]*



Digitized by Google

[alie]nationem durare; Id quod Marcianus ICtus in *l.8.§. Non videtur.15.ff. quib. mod. pignus vel hypothec.* diſerte ſcribit: *non videtur*, inquiens, *conſenſiſſe creditor, ſi ſciente eo debitor rem vendiderit: Cum ideo paſſus eſt venire quod ſciebat vbiq; pignus ſibi durare.*

Non obſtat quod creditor præſens & tacens ſeruum ſibi obligatum manumitti, cenſetur conſentire & remittere ius hypothecæ *l.1.C.de remiſſ.pign. Si te manumiſſum & in libertate moratum, ſciente ea cui pignoris nomine obligatus diceris, præſidi probaueris ex conſenſu creditoris remiſſam pignoris appellationem apparebit, & per hoc iure manumiſſum, nec ab herede creditricis in ſeruitutem peti poſſe.*

Reſpondet enim Antonius Neguzantius in *tractat. de pignoribus. part. 6. membr.3. num.23.* ſingulari libertatis fauore hoc receptum eſſe in manumiſſione ſerui oppignorati, cui adfuit nec contradixit creditor.

At Mudæus in *tractat. de pign. titu quib. mod. pign. ſoluit.* reſpondet in caſu *dict. l.1.C.de rem. ſſ. pign.* ſcire debuiſſe creditorem, quod ius ipſius durare non poſſit, manumiſſo ſeruo oppignorato, cum in homine libero pignus conſiſtere non poſſit, facilius ex præſentia eius & taciturnitate conſenſum colligi putat.

Qu. 62. *An creditor in alienationē pignoris expreſſe conſentiens, eius pignoris remiſiſſe intelligatur?*

Sed quid ſi expreſſe conſenſerit in alienationem creditor, anne hoc ipſo pignus remiſſum & ſublatum cenſebitur? Affirmatiua placet Iacobo Cuiacio, Huberto Giphanio, Philippo Matthæi, Chriſtophoro Stuttzio; Franciſco Hotomanno & Petro Fabro in *l.158. de regu. iur.* Pro qua ſententia faciunt ſeqq. argumenta.

1. In *leg.4.§.1 ff. quib mod pign. vel hypothec. ſol ut.* ait Vlpianus ICtus: Si in venditione pignoris conſenſerit creditor, vel vt debitor hanc rem permutet, aut donet vel in dotem det, dicendum erit pignus liberari.

2. Et Gaius in *l.7.pr.* Si conſenſit venditioni creditor, liberatur hypotheca.

3. Et in *l 8 §.8.* Marcianus ait, *conſentiente creditore in alienationem pignoris, pignus eſſe remiſſum.*

4. Atque huc etiam ſpectat *l.158. de Regul. Iur.* in qua Gaius ſcribit: *creditorem qui permittit rem venire, pignus dimittere.*

5. Quibus adſtipulatur quoque Seuerus & Antoninus in *leg.2.C. de remiſſ. pign.* dum Materno ita reſcribit: *Si probaueris te fundum mercatum, poſſeſſionemque eius tibi traditam, ſciente & conſentiente ea, quæ ſibi eum à Venditore obligatum dicit, exceptione eam remouebis. Nam obligatio pignoris conſenſu & contrahitur & diſſoluitur.*

Denique in *l. Titius 9.* ait Modeſtinus eum qui in alienationem vel oppignorationem conſenſit, pignus non retinere.

Pro contraria ſententia, quod creditor in venditionem vel alienationem conſentiendo, non remittat ius pignoris vel hypothecæ, hac primo ratione probatur quod omnes renunciationes ſint ſtricti iuris, nec alia continere intelligantur, quam quæ in illis expreſſa ſunt *l. emptor. §. Lucius ff. de pact. leg. ſi ex pluribus. ff. de ſolution.* Habet enim omnis renunciatio in ſe vim quandam donationis, quæ nunquam præſumitur vbi alia coniectura capi poteſt. *l. cum de in debito ff. de probat.*

Sed hæc ratio priorem opinionem ſubuertere non poteſt. *Tum* quia præſumptio iſta in dubio tantum obtineret, ſi nempe dubitaretur de voluntate creditoris in alienationem pignoris conſentientis, anne pignus remittere voluerit; At nos in re plana, perſpicua atque in iure aperte deciſa verſamur, vti ex legibus ſupra adductis, plus quam euiden-

ter

Digitized by Google

ter relucet: *Tum* etiam quia præſumptio iuris generalis per ſpecialiorem prçſumptionem eliditur; Id quod hic fieri manifeſtum eſt: Nam præſumptio eſt quod nemo iuri ſuo velit renunciare, & hæc præſumptio generalis eſt, ſed ſpecialior præſumptio iuris iſta eſt, quod creditor conſentiendo in venditionem rei oppignoratæ velit ius pignoris debitori remittere iurique ſuo renunciare, vt ex allegatis legib. patet: Hæc igitur ſpecialis præſumptio legis, derogat præſumptioni iſti generaliori: *Deinceps* hoc etiam modo reſponderi poteſt, omnes renunciationes eſſe ſtricti iuris & ad non expreſſa non extendi, niſi quatenus ipſa lex eas ad non expreſſa extendit; adeoque iſta regula loquitur de extenſione per interpretationem hominis facienda; non vero de interpretatione extenſiua legis. Atqui in præſenti caſu lex ipſa conſenſum creditoris, factum in alienationem, extendit ad pignoris remiſſionem. Sic etiam, quod dicebatur, donationem non præſumi, id de præſumptione hominis, non etiam de præſumptione legis, vbi videlicet illa manifeſta eſt, intelligi debet.

*Qu. 63. Si creditor cõſenſerit debitori rẽ oppignoratã alij oppignoranti, quidnam iſte cõſenſus operetur?*

De eo porro quçritur, ſi permiſerit creditor debitori vt rem ſibi hypothecatam alii adhuc obliget, atq; ſic in oppignorationem, alii factam conſenſerit, quidnam iſte operetur conſenſus, an remiſſionem pignoris, quoad omnes, an vero remiſſionem tantum ordinis inter creditores; ita ſcilicet vt is cui obligari conſenſit fiat prior & potior ipſo conſentiente, interim tamen quoad debitorem aliumue quemlibet pignorum poſſeſſorem atque etiam quoad creditores ſequentes ordine temporis illum cui ex conſenſu primi creditoris pignus obligatum eſt.

Pro negatiua ſententia, quod nempe in hoc caſu non cenſeatur creditor in totum, & quoad omnes, ius pignoris remiſiſſe debitori, ſed ſaltem iuri prælationis renunciaſſe, ſic, vt in ordine poſterior nunc ſit, eo, cui pignus obligari permiſit, interim pignus nihilominus ſibi obſtrictam retineat, videtur probari *l. iubemus. C. ad Sc. Velleianum.* vbi mulier conſentiens in oppignorationem rei ſibi obligatæ, alii faciendam, dicitur pignus non in totum remittere, ſed ius prælationis duntaxat ei concedere voluiſſe cui pignus obligari permiſit; adeoque conſenſus iſte mulieri operatur non remiſſionem iuris pignoris, ſed renũciationem iuris prçlationis, quod huic creditori fortaſſis competit.

2. Accedit quod cum nihil actum ſit in propoſito cum cæteris creditoribus, nihil quoq; conſenſus iſte prodeſſe poſſit; cum ea, quæ inter aliquos geſta ſunt, aliis cum quibus nihil eſt actum, nec prodeſſe, nec obeſſe debeant. *l. 3. ff. de tranſact. l. 27. §. 4. de pact.* Conſenſus proinde iſte non facit vt creditor, in obligationem hypothecæ conſentiens cenſeatur pignus in totum remiſiſſe iusque ſuum, reſpectu omnium dimiſiſſe, ſed vt videatur duntaxat, quoad eum, cui permiſit oppignorare, iuri prælationis renunciaſſe, eidemque prærogatiuam in pignore conceſſiſſe.

Cæterum quod creditor, conſentiendo in pignus, intelligatur ius pignoris in totum dimittere, probat imprimis *l. Paulus reſpond. 12. ff. quib. mod. pign. vel hyp. ſolv.* vbi Paulus ICtus hæc in verba ſcribit: *Paulus reſpondit, Sempronium antiquiorem creditorem conſentientem, cum debitor eandem rem tertio creditori obligaret ius ſuum pignoris remiſiſſe videri; non etiam tertium in locum eius ſucceſſiſſe; & ideo medii creditoris meliorem cauſam effectam;* Ex hoc textu patet luculentiſſime quod conſenſus creditoris, in obligationem rei pignoratæ, operetur remiſſionem pignoris etiam reſpectu aliorum, cum quibus

plane nihil actum fuit; patet quoque exinde quod ius prælationis non inducat, cum negetur diſerte, creditorem poſteriorem, cui conſenſu prioris res fuit oppignorata, in locum prioris ſucceſſiſſe.

2. Pro eadem ſententia allegatur quoque *leg. Titius in fine ff. eod. titul. quib. mod. pign. ſolv.* vbi dicitur, creditorem, qui conſenſit, non poſſe pignus retinere, non vero dicitur, non poſſe ordinem ſuum in pignore inter creditores retinere.

Salicetus in *l. 3. C. de remiſſ. pignoris.* circa propoſitam quæſtionem diſtinguit hoc modo; Vt ſi creditor conſenſerit in certam aliquam & determinatam perſonam, tunc intelligatur ſibi, quoad eam duntaxat perſonam, præiudicaſſe, quia conuentio duorum tertio nec prodeſſe, nec nocere debet *d. l. 3. ff. de transact. d. l. 27. §. 4. ff. de pact.* Sin vero non in certam determinatam perſonam cōſenſit, ſed generaliter debitori permiſit rem ſibi pignoratam alii obligare, tunc pignus quoad omnes amittat. Et hanc diſtinctionem ſequuntur Bartolus in *l. Paulus ff. quib. mod. pign. ſoluit.* Chriſtophorus Sturtzius ad *d. l. 158. de Reg. Iur.* Antonius Neguzant. *part. 6. membr. 3. nu. 33.* Sed obſtare videtur *d. l. Paulus 12.* vbi in certam & determinatam perſonam creditor conſenſerat, & tamen ius pignoris amittere dicitur.

Ego, vt, quidnam de controuerſa hac quæſtione ſentiam, aperiam, quanquam poſtremam hanc opinionem non improbabilem iudicem, primæ tamen Saliceti ſententiæ adhærendum cenſeo, in eamque præcipue moueor per *d. l. iubemus C. ad Sc. Vellean.* Ad quam, etſi vulgo reſpondent, id quod ibi diſponitur ſingulari fauore mulierum eſſe diſpoſitum; vt vnius actus conſenſus ad alios præiudiciales non porrigatur; Non tamen exiſtimo ſententiam hanc vllatenus defendi poſſe, quia ex iure communi eſt vt actus præiudicialis, cum vna perſona initus, ad tertium non extendatur. *l. 3. ff. de transact. & l. 27. §. 4. ff. de pact.*

Nec multum refragari exiſtimo *l. Paulus 12. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. ſolu.* Recte enim Salycetus reſpondet, non illic alleri quod creditor pignus remiſerit, ſed quod ius pignoris remiſerit: Illud autem ius pignoris eſt ius prælationis, ſiue priuilegium temporis, quod pignori adhæret, cuiuſque beneficio, qui creditorum prior eſt, cæteris antefertur. Quam reſponſionem & interpretationem non infringit quod Gabriel Mudæus opponit, quod nempe adducta *l. 12.* poſita ſit *ſub rubrica quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluit.* & ideo ſecundum rubricam iſtam intelligi debeat de omnimoda remiſſione & ſolutione pignoris: Præterquam enim quod argumentum à rubro ad nigrum admodum ſit imbecille nec neceſſario, concludēs & fallat totiēs, quotiēs nigrum à rubro diuerſū manifeſte continet, vel ratio etiam iuris repugnat; obſeruandum quoque eſt, quod, ſtante noſtra ſententia pignus recte dicatur remitti & diſolui reſpectu creditoris, cui obligari paſſus eſt primus creditor; reſpectu huius enim pignus extinctum & creditor primus illud amplius habere nō videtur. Pari modo interpretationem noſtram non euertit, quod in *d. l. 12.* negatur tertium in locum primi creditoris ſucceſſiſſe: Hoc enim verum eſt reſpectu creditoris primi, qui huic tertio præferri non debet non etiam reſpectu ſecundi ſiue medii, cui ex iſto primi conſenſu præferri tertius non poteſt, quoniam alias ei præiudicaret conuentio primi creditoris, quod fieri non poſſe iuris regula dictitat *d. l. 27. §. 4.*

Minus refragatur *l. Titius. eod. titu.* Bene enim Mudæus ait, ibi à Modeſtino non fuiſſe reſponſum, quod pignus ſuum retinere non poſſit, qui eandem rē ſibi

ſibi obligatam, alii obligari conſenſit, ſed quod non poſſit retinere pignus, cui conſenſit, hoc eſt, alienum pignus, alterius creditoris, cui illud conſtitui conſenſit, hoc pignus non poteſt retinere, id eſt, non poteſt hypothecaria actione ſic agere, vt per hypothecariam ipſe poſſeſſionem avocet & rem obligatam retineat, aduerſus illum, cui conſenſerat obligari. Et ſane ſi indiſtinctè & quoad omnes, quorum intereſt, creditor ius pignoris perderet, dum rem ſibi obligatam conſentit & alii obligari, fruſtra dixiſſet Modeſtinus, ſecundum creditorem pecuniam creditori exſoluiſſe, & quod in locum & ordinem Reipubl. Mæuius primus creditor ſuum pignus obligari conſenſerat: nam etiam non facta tali ſurrogatione, tertius & quiuis alius creditor, quantumuis longo ordine poſterior, eſſet primo præferendus, ſi hic omnino à iure pignoris cecidiſſet, nec amplius ſub pignore creditor eſſet.

*Lit. F.* Qu. 64. *An debitor de culpa duntaxat leui, an etiam de leuiſſima teneatur?*

Soluitur quoque pignus interitu rei pignoratæ: cum enim pignus ſit ius in re conſtitutum, conſequens eſt, re ſublata pignus quoque tolli *arg. pr. I. de vſufruct.* & hoc etiam expreſſit Marcianus in *l. 8. pr. ff. quib. mod. pign. ſoluitur.* Intelligendum vero hoc eſt de totali interitu; partialis quippe interitus rei pignoratæ non extinguit penitus pignus, ſed in re duntaxat ea, quæ interiit. Hoc quoque expreſſe traditum eſt à Paulo in *l. 29. §. 2. ff. de pignoribus*: *Domus* ait, *pignori data exuſta eſt, eamque aream emit Lucius Titius & extruxit, quæſitum eſt de iure pignoris: Paulus reſpondit perſecutionem pignoris perſeuerare & ideo ius ſoli ſuperficiem ſecutam videri, id eſt, cum iure pignoris.* Et Marcianus in *l. 16. §. 2. eod. tit.* *Si res*, inquit, *hypothecata poſtea mutata fuerit, æque hypothecaria actio competit, veluti de domo data hypotheca & horreo facta.* Interitus porrò rei pignoratæ, ſi quidem caſu fortuito, abſque culpa & dolo creditoris contigit, damno debitoris, & non creditoris, cedit. *l. 9. C. de pign. act.* ſiquidẽ, vt ibi traditur, caſus fortuitus, quia non potuit à creditore præuideri, aut præcaueri, præſtari ab ipſo non debet, cum etiam res vnaquæque, ſine culpa aut dolo alterius interiens, perit & interit ſuo domino, dominus autem rei pignoratæ non eſt creditor, ſed debitor. Et alias generale hoc eſt & omnibus in contractibus iure ciuili receptum, vt ex nullo contractu bonæ fidei caſus fortuitus à debitore præſtetur *l. 23. in fine ff. de reg. iur.* ſane, ſi culpa, aut dolo debitoris res periit, ad ipſum interitus ſpectat, & creditori ipſe ad rei æſtimationem obſtrictus tenetur *d. l. 23. & l. 5. ff. commodati.* Culpam autem leuem hic intelligimus, non leviſſimam, cum contractus pignoris eiuſmodi ſit vt ad vtriuſque contrahentis & creditoris & debitoris commodum ſpectet *§. fin. I. quib. mod. re obligat. contrahit.*

Obſtare tamen videtur *l. 13. ff. de pignoratit. act. & l. 19. C. de pignoribus.* quibus in locis docetur, creditorem teneri quoque de leuiſſima culpa, vt ſignificatur per vocem cuſtodiam, qua iudicatur ſumma & exactiſſima diligentia, cui opponitur leuiſſima culpa. Verum reſpondet Henricus Bocerus *in comment. ad d. l. 23. de reg. iur. c. 4. n. 1.* præfatos textus iuris de eo caſu intelligendos eſſe, quo pignus ſolius creditoris & non etiam debitoris gratia contrahitur. Sed Donellus reſpondet, verbo cuſtodiæ non denotari exactiſſimam diligentiam, quæ culpæ leuiſſimæ opponatur, ſed diligentiam duntaxat exactam, quæ opponatur culpæ leui, quæ in non faciendo conſiſtat.

Cæterum, quoad præſens negotium, magna exiſtit differentia inter ius ciuile & Saxonicum: hoc enim iure, licet de pignore, quod abſque creditoris culpa interiit, ipſe non teneatur, ceſſione tamẽ crediti ſui grauatur, ſic vt pignoris inte-

ritu debitor principali obligatione liberetur: cautum hoc eſt *lib. 3.* Landtrecht *articulo 5.* cuius verba hæc ſunt: was man aber dem Manne Leihet oder einſetzet / dz ſoll er vnverderbet wieder bringen / oder ſoll es gelten nach ſeinen wärden / Stirbt aber ein pferd oder ein viehe / in der Verſatzung (ohne jenes ſchuldt der das vnder jhme hat / beweiſet er das vnnd thut auch darzu ſchweren) er giltes jhme nicht / er hatt aber ſein gelt verlohren / da es jhme vor verſatz ſtunde / jhr gelübt ſtünde dann anderſt.

Hoc vero ius admodum durum & rigidum alicui non immerito videri poſſet, *Tum* quia bona fides & æquitas non patitur propter caſum fortuitum, quem nulla ratione præcauere potuit creditor, quique in re aliena accidit, priuare creditorem re ſua, *d. l. 23.* *Tum* quia hac ratione contractus pignoris, in ſecuritatem crediti initus *§. fin. I. quib. mod. re obligat. contrabit*, creditum creditori interuerteret *Tum* quia ratio non patitur vt pignore, tanquã acceſſorio, abſque vlla creditoris culpa ſublato, principale etiam debitum ipſi pereat.

Quocirca hunc iuris Saxonici rigorem Elector Auguſtus Nouella ſua conſtitutione emendauit, ſanciens, ne in poſterum interitu pignoris creditor ſuo credito priuetur; verba conſtitutionis hæc ſunt; In gemeinen Käyſerlichen Rechten hat es nicht zweiffel / das ſolches verlohrnen pfandes ſchaden d Schuldener als deß pfandes eigenthumblicher herr / tragen muß / aber nach Sachſiſchem Recht iſt ſolche frag nicht faſt richtig / dan ob wol daſelbſt verſehen dz der gläubiger den verluſt des pfandes nicht gelten dörffe / wann das pfand ohne ſeine ſchulde vmb vnd weg kompt / So iſt dannoch darneben auch verordnet / das er gleichwol ſein geldt verlohren haben ſoll.

Weil aber ſolche ordnung nicht allein denen gemeinen beſchribenen Käyſerlichen / ſondern auch denen natürlichen Rechten etwas zu wieder leufft / ſo wollen wir auff vnderthenig erinnerung vnſere verordneten / die Diſpoſition des Sachſen Rechts in dieſem fall hiermit auffgehaben / demſelben derogieret, vnnd darneben verordnet haben / das fortan nach gemeinen Käyſerlichen Rechten disfals erkant vnd geſprochen werden ſoll.

Finitur inſuper pignoris obligatio tẽpore, vt Vlpianus ait in *l. 6. pr. ff. quib. mod. pign ſoluit.* quod tum accidere dicit noſter Author, quando ad certum tempus contractum eſt pignus; id quod fieri poſſe ſupra ad theſin ſextam oſtenſum fuit. Sed anne re pignorata ab alio præſcripta & vſucapione quæſita, ſoluatur pignus, controuerſum eſt? verum de hac quæſtione opportunior dabitur differendi occaſio infra *diſputat. 22.* Lit. G.

Mutatione porro debitoris extingui pignoris obligationem docet Papinianus in *l. 1. §. fin. quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluit.* ibi enim hoc proponitur: qui in iudicio ſe offerebat vltro defenſioni debitoris abſentis, ante litem conteſtatam, vt debuit, cauit actori iudicatum ſolui, datis fideiuſſoribus qui & in eam cauſam pignora obligauerunt; debitore reuerſo, pendente iudicio, iudicium, vt fit, omne in eum translatum eſt; Papinianus definit, translatione iudicii defenſorem & fideiuſſorem & pignora liberari, nec poſſe condemnato debitore in defenſorem vel in fideiuſſores committi ſtipulationẽ iudicatum ſolui, videlicet, ſi actor translationem iudicii factam in dominum nõ ignorarit, quod ei eſſe ſignificandum, probat *l. ſi ante ff. iudicat. ſolui.* Et hæc eſt ſententia reſponſi Vlpiani in *d. l. 1, §. fin.* Lit. H. Qu. 65. *An mutatione debitoris pignus ſoluatur & liberetur?*

Cui nihil obſtat *l. in cauſa. §. ſed ex parte, ff. de procurator.* quia in *d. l. 1, §. fin.* Papinianus lo-

loquitur de defenſore rei, qui ſatis dedit iudicatum ſolui, in quem ſtipulatio non committitur, ſi iudicium translatum ſit in dominum: at in *d. §. ſed ex parte.* agitur de procuratore actoris, qui ſatis accepit, non qui ſatis dedit iudicatum ſolui, quæ ſtipulatio committitur poſtea, iudicio translato in dominum, & à procuratore in dominum tranſit ea ſtipulatio: in *d. §. fin.* qui ſatis dedit omne litis commodum & incommodum in dominum transfert & ſe fideiuſſoresque ſuos exonerat. At in *d. §. ſed ex parte.* qui ſatis accepit, omne litis commodum & incommodum in ſe tranſfert. Ergo & ſtipulationem iudicatum ſolui, ſibi à reo factam.

*Lit. A.* Sententia quoque, qua pronunciatũ fuit pignus obligatum non eſſe aut ſi debitor iurauerit rem ſuam pignoris nexu creditori obſtrictam non fuiſſe, pignus liberatur *l. 5. §. fin. & l. 13. quib. mod. pignus ſolv.* non quidem hiſce ex cauſis ipſo iure pignus liberatur, ſed ope tamen exceptionis per textum in *§. 5. I. de except.* Et tantum de modis quibus pignus vel hypotheca ſoluitur; Reſtat vt de actione pignoratitia nonnihil ſubiiciatur.

## RESOLVTIO THESIS *Vltimæ.*

*Lit. A. & B.* Etenim, pignore ſoluto, datur actio ex contractu pignoris, quæ pignoratitia dicitur & duplex eſt, directa & contraria, quarum illa debitor agit aduerſus creditorem de re pignorata reſtituenda, ſoluto tamen prius pignore. *l. 40. §. fin. ff. de pign. act. & l. 11. C. eod. tit.* quandiu enim pignus durat, non poteſt debitor contra pactũ venire & pignus à creditore, vtpote ipſi obſtrictum, repetere; id quod regulariter obtinere certum eſt: Sunt enim caſus quidam; quibus debitor, durante adhuc pignore, agit actione pignoratitia, qui caſus expreſſi ſunt in *l. 9. §. fin. l. fin. pr. verſic. ſi operam Digeſt. de pign. act.* Hoc porro actio iſthæc pignoratitia differt ab actione Seruiana quod hæc, durante duntaxat pignoris obligatione, illa verò, obligatione pignoris demum diſſoluta competit.

Datur autem hæc actio cuicunque debitori, etiam prædoni ſi ſpolium pignori creditori dederit *l. 22. §. 2. Digeſt. de pign. act.* prædoni quippe non minus atque alii ſuum cuique tribui, pacta conuenta ſeruari & fides data cuſtodiri debet, *arg. pr. I. de iuſtic. & iure in verb. ſuum cuique tribuere*: vnde Iohannes Bodinus à veritate non parum aberrat, quando *lib. 1. de Republ.* ſtatuit, prædoni fidem datam & pacta conuenta ſeruari non debere, quem ipſius errorem pluribus ac prolixius refutaui *lib. 1. tract. 1. q. 4. variar. reſolut. iuris ciuil.* *Lit. C.*

Datur hæc pignoratitia actio aduerſus creditorem, ſoluto pignore, rem oppignoratam ſine iuſta cauſa detinentem *l. 11. §. 3. de pign. act.* aduerſus tertium vero rei pignoratæ poſſeſſorem, ſeu detentorem, dari non poteſt, quia eſt actio perſonalis, *l. fin. Codice de diſtract. pign.* perſonalis autem actio non datur aduerſus alium, quam cum quo contractum eſt eiuſque hæredem, aduerſus tertium vero poſſeſſorem rei, in contractum deductæ, cum quo nihil contractum eſt, non competit: idque ideo quia ex contractu deſcendit *§. 1. Inſt. de act.* hinc & perſonalis dicitur actio, quia perſonam ex contractu vel delicto obligati & non rem ipſam eiuſdemque poſſeſſorem ſequitur *d. §. 1.*

Datur porro adhoc vt creditor ſemper pi- *Lit. E.*



Digitized by Google

gnoratam reſtituat *d. l. 40. §. fin. ff. de pign. act. l. 11. C. eod. tit.* à cuius reſtitutione aliter non liberatur creditor, quam ſi ea ſine eius culpa lata & leui perierit caſu fortuito aut leuiſſima culpa eamque poſſidere deſierit *§. fin. I. quib. mod. re contrahit. obligat. l. 23. ff. de R. I.*

Lit. F. Reſtituere autem non ſolum rem ipſam, ſed fructus ex re interea perceptos; cum ad ipſum creditorem, fructus rei pignoratæ non ſpectent, nec eos lucretur creditor, ſed emolumento debitoris cedant: ſiquidem ad hunc finem pignus cõſtitui non ſolet, vt re pignorata vtatur fruatur creditor, ſed vt de credito ſuo recipiendo ſecurior efficiatur *§. fin. Inſt. quib. mod. re contrahit. obligat.* Quod vſque adeo verum eſt, vt ſi creditor re oppignorata vtatur fruatur, fructusque lucrandi animo retineat, furtum committat & actione fructi eo nomine conueniri queat. *§. furtum. 6. I. de obligat.* quæ ex delict. naſcũt. Et quod fructus non lucretur creditor, ſed eos pignoratitia actione reſtituere teneatur debitori, diſerte ſancitur *in l. 1. & 2. C. de pignor. act. l. 9. in fine & l. 22. § 2. ff. eod.* Excipitur tamen hic caſus quo debitor creditoris pecunia gratis & ſine vſuris vtitur; tunc enim in vicem vſurarum creditor percipit fructus rei pignoratæ ad modum legitimarum vſurarum, veluti ex tacita antichreſi ei conſtituta. *l. 8. ff. in quib. cauſ. pign. vel hypothec. tac.* Quod multo magis & tunc obtinet cum expreſſa conuentioni antichreſis creditori à debitore eſt conſtituta *l. 1. §. pacto l. 11. §. 3. ff. de pign. & l. 17. C. de vſur.*

Lit. G. Agitur præterea actione pignoratitia directa ad damnum in re pignorata, creditoris dolo aut culpa datum, reſarciendum *l. 14. l. 25. ff. de pign. act. l. 19. C. de pignoribus & hypothec. l. 23. de reg. iur. & §. fin. Inſtit. quib. mod. re oblig. contrahit.* Nec enim creditor rem pignoratam reſtituere cenſetur, ſi dolo aut culpa ſua deteriorem factam reſtituit *l. 8. §. 1. ff. de condict. furtiu. & l. 3. ff. commodat.* Hoc vero de culpa duntaxat lata & leui, non etiam de culpa leuiſſima intelligendum eſt; de hac quippe creditorem non teneri ſupra probatum fuit, & teſtatur etiam Iuſtinianus in *d. §. fin.* Niſi fortaſſis pignus ſolius creditoris gratia contractum fuiſſet: Tunc enim etiam de leuiſſima culpa eum teneri ſupra fuit demonſtratum ex *l. 13. Dig. de pign. act. & l. 19. C. de pignor.*

Quod etiam dictum eſt creditorem non ſolum de dolo ſed de culpa etiam teneri & conueniri poſſe actione pignoratitia, obtinet duntaxat in pignore conuentionali, non etiam in pignore prætorio authoritate magiſtratus per miſſionẽ in bonorum poſſeſſionem conſtituto: in hoc enim pignore nõ niſi dolum malum præſtari placet. *Præterea ff. de reb. authorit. iud. poſſid.* quo in loco Vlpianus ita ſcribit: eſt præterea quæſitum, ſi deteriora prædia facta fuerint ſine dolo malo creditoris vel iura eorum amiſſa, vel ædificia diruta, vel exuſta, item familiæ pecorumque acta cura non ſit, an poſſeſſio alii tradita ſine dolo tamen malo, an teneatur, & apparet eum non teneri; quia dolo malo caret; eritque melior eius conditio quam in pignore creditoris, qui non tamen dolum malum, verum culpam quoque debet.

Et ſanè cum hoc pignus creditor quaſi inuitus accipiat, non eſt obligandus vt culpam etiam aut negligentiam ſimplicẽ preſtet: neq; certe hoc meretur debitoris contumacia, ob quam pignus hoc per immiſſionem creditori conſtitutum eſt, Balduinus in *tract. de pign. c. vlt.*

Præſcribitur actio pignoratitia & præſcriptione extinguitur triginta annorum ſpacio, quo tempore & cæteræ actiones extinguuntur; generaliter quippe in *l. 3. C. de praeſcript. long. temp. 30. vel. 40. annorum.* traditur, omnes actiones ſiue in rem ſint, ſiue in perſonam finiri & extingui triginta annorum ſpacio: idem igitur de Lit. H. Qu. 66. *Quanto temporis ſpatio actio pignoratitia extinguatur?*

pigno-

pignoratitia actione aſſerendum eſt, cum nullibi, quoad propoſitum, actio hæc à prædicta generali regula excepta reperiatur.

Nec refragatur huic *l. nec creditores. Cod. de pign. act.* in qua Impp. Diocletianus & Maximinianus ita reſcribunt: *Nec creditores nec qui his ſucceſſerunt, aduerſus debitores pignori quondam res nexas petentes, reddita iure debiti quantitate, vel his non accipientibus, oblata, & conſignata & depoſita à longi temporis præſcriptione muniri poſſunt.* Vnde intelligis quod ſi originem rei probare potes, aduerſario tenente, vindicare dominium debes.

Obſeruandum quippe eſt quod hæc lex non de longiſſimi temporis ſed de têporis duntaxat longi præſcriptione loquitur: hac ipſimet concedimus actionem pignoratitiam non finiri, nec debitorem, vel pignoratitia actione, vel rei vindicatione experientem; remoueri & excludi: quia actio pignoratitia eſt perſonalis *l. final. Codic. de pign. diſtract.* perſonales vero actiones longo tempore non præſcribuntur, ſed longiſſimi demum temporis præſcriptione extinguuntur, vt probaui ex *dict. l. ſicut 3. Codic. de longiſſ. temp. præſcript.* Rei vindicatio autem ideo non extinguitur longi temporis præſcriptione, quia dominium rei pignoratæ debitori non eſt ablatum, nec creditori præſcriptione adiectum; quin adhoc poſſeſſio, titulus & bona fides deſiderantur *l. 1, 2. & 4. Codic. de præſcript. longi temp.* At creditor non poſſidet rem oppignoratam, quia hoc in loco poſſidere in vſuris is dicitur, qui effectu & opinione domini tenet *l. 2. Digeſt. qui ſatisdat. cogant.* Deinde iuſtus titulus in creditore deficit, quia iuſtus titulus in rebus acquirendis intelligitur ea cauſa, ex qua dominium acquiri ſolet *pr. Inſtit. de vſucap.* At titulus pignoris vſucapionem non transfert, ſed ſolam & nudam detentionem rei *l. cum & ſortis §. vlt. Digeſt. de pign. act.* Quocirca debitor, ſiue pignoratitia experiatur, ſiue in rem actione, non excluditur longi temporis præſcriptione: at præſcriptione longiſſimi temporis excluditur, & actio pignoratitia, ei competens, extinguitur.

Illud tamen hic obſeruandum eſt quod præſcriptio longiſſimi temporis currere demum incipit à tempore natiuitatis, ſiue ab eo die, quo primum nata eſt actio pignoratitia: naſcitur autem non ſtatim à die perfecti contractus, ſed à die factæ ſolutionis debiti principalis, vt ſupra demonſtratum fuit & probatum ex *l. 9. §. omnis Dig. de pign. act.* Currit proinde tempus iſtud præſcriptionis non à die initi contractus pignoris, ſed, vt dixi, à die factæ ſolutionis, cuius ratio nemini poteſt eſſe obſcura: cum enim nondum nata ſit actio iſta pignoratitia, antequam ſoluatur debitum, ſequitur ante ſolutionem eius nullam eſſe præſcriptionem, cum non-entis nullæ ſint qualitates, nullæ conſiderationes, Antonius Neguzantius *part. 6. membr. 2. numero 19.*

Cæterum maximi momenti quæſtio eſt, anne iuri offerendi luendique pignus longiſſimi temporis ſpatio præſcribatur, hoc eſt, vtrum debitor poſt triginta vel quadraginta ann. pignus luere, pecuniam debitam ſoluere, eaque ſoluta per actionem pignoratitiam rem pignoratam repetere poſſit? Negatiuam ſententiam, quod nempe præſcriptione triginta vel quadraginta annorum ius reluendi pignus extinguatur & præſcribatur, creditorque luere & redimere pignus volens, exceptione præſcriptionis remoueatur, his rationibus Bulgarus contra Rogerium defendere conatus eſt. Qu. 67. *An iuri offerendi & luendi pignus præſcribatur longiſſimo tempore?*

1\. Quod ius luendi pignus longiſſimi temporis præſcriptione extinguatur, primo hac ratione confirmari videtur,

quod quicquid in vno correlatorum ſtatutum eſt, idem quoque ſtatutum cenſeatur in altero correlato *l. vlt. Cod. de indict viduit. tollend.* Atqui creditor cadit actione hypothecaria, quæ ipſi ad rem pignoratam, ab alio poſſeſſam, comparata eſt, 40. annis, per textum in *l. 4. Cod. de longiſs. temp. præſcr. 30. vel 40 annorum.* Ergo & debitor actionem pignoratitiam, quam de re pignorata reciperanda habet, quadraginta, ad minimum, annis perdit.

2. In *l. creditores & l. vlt. Codic. de pignoratit. act.* expreſſe cauetur, actionem pignoratitiam, debitori competentem, non perimi longi tẽporis præſcriptione: vnde colligitur quod tempore longiſſimo, nempe 30. vel 40. annorum ſpacio extinguatur: id quod etiam paulo ſupra ex *l. 3. Codic. de longiſſ. temp. præſcript.* luculenter deduximus. Quocirca poſt quadraginta annos debitor offerens debitum, remque oppignorata luere & redimere, actioneque pignoratitiam eam repetere volens, non amplius audietur, ſed exceptione præſcriptionis repelletur.

3. Omne ius, ſiue priuatum ſit, ſiue publicum, in quacunpue cauſa vel perſona quadraginta annorum ſilentio extingui, cautum eſt à Iuſtiniano Imperatore in *l. 4. C. de præſcript. 30. vel. 40. annorum.* Igitur & iuri offerendi debitum reluendiq; pignus tanto tempore præſcribitur illudque extinguitur.

4. Inſuper omnis actio, ſiue in rem ſit, ſiue in perſonam, triginta annorum ſpacio extinguitur, vt ſancit Iuſtinianus in *l. 3. Codic. de longiſſ. temp. præſcriptione 30. vel 40 annorum.* Actio igitur pignoratitia, quia nuſpiam reperitur à ſuperiori regula excepta, conſimiliter 30. annorum ſpacio præſcribi cenſetur, & conſequenter poſt præterlapſum longiſſimum tempus creditor pignus redimere & actione pignoratitia agere fruſtra annitetur.

5. Vbi ratio præſcriptionis obtinet, ibi quoq; præſcriptionem ipſam obtinere neceſſe eſt, atqui ratio præſcriptionis, ob quam iura & actiones longiſſimo tẽpore præſcribuntur & extinguuntur, etiam in iure redimendi & luendi pignus, in obligatione pignoris & actione pignoratitia obtinet, æque atque in aliis iuribus, obligationibus & actionibus, quod nempe & Reipubl. interſit lites non eſſe immortales, nec actiones in infinitum viuere, ſed tandem extingui: ius proinde iſtud luendi, obligatio pignoris & pignoratitia actio longiſſimo tempore præſcribetur & extinguetur.

6. Adde, quod debitor intra triginta annos potuerit pignus luere, & ſic pignoratitiam actionem inſtituere. Hoc igitur cum non fecerit & tamen facile facere potuerit, merito ipſi præſcriptio obſtabit, ſuæ enim negligentiæ imputare debet, ſi tanto tempore, pignus redimendi ius habens, eo vſus non fuerit.

Et hanc ſententiam Bulgar. ſecuti approbant & amplectuntur Accurſius Gloſſator in *l. pignori in verb. alieno Digeſt. de vſur.* Angel. ad §. *omnium. in 54. Inſtit. de act.* Iaſon ad *l ſi mater. numer. 5. capit. de inſtit. & ſubſtit.* Henning. Goden. *conſil. 109. numer. 212. cum ſeqq.* Schurffius *conſil. 47. num. 5. & conſil 90 num. 13.* Weſenbec. *in par. tit. de reſc. vend. n. vlt.* Koppen. *deciſ. 1. n. 38. & ſeq.*

Sed tamen pro contraria ſententia, quod nempe iuri reluendi pignus præſcribi nullo tempore poſſit, ſequentia argumenta non parum facere videntur.

1. Quæcunque ſunt meræ facultatis & in mero liberoque arbitrio alicuius poſita, illa nullo tempore præſcribi, nec præſcriptione auferri poſſunt, Couarru. *ad c. poſſeſſor. de R. I. in ſext.* Atqui ius luendi pignoris,

pignoris, hoc eſt, ſoluendi pecuniam & pignus repetendi non tam ius eſt, quam facultas quædã, poſita non arbitrio debitoris, qua debitor, quandocunque vult, vti poteſt. Igitur nullo tempore proſcribitur.

2. Quicunque pro alio, hoc eſt non ſibi, ſed alii poſſidet, ille rem, quam poſſidet, non poteſt præſcribere *l.2. ff. qui ſatisdare coguntur.* nec quiſquam poteſt cauſam poſſeſſionis ſibi mutare *l.non ſolum §. quod vulgo. ff. de vſurpat. & vſucap. l.3. §. illud quoque l.quod reo, & l.qui bona. §. final. ff. de acquir. vel amitt. poſſ.* Atqui creditor non ſuo, ſed ſui debitoris nomine poſſidet. Igitur non poteſt præſcribere rem ſibi pignoratam aut titulum poſſeſſionis ſibi mutare.

3. Adhæc, vt quis præſcribere poſſit, bona fide rem poſſidere debet, quia malæ fidei poſſeſſor nullo vnquam tempore præſcribit *c. fin. de præſcript.* Atqui creditor, rem oppignoratam poſſidens, in mala fide eſt, & ſcientiam rei alienæ habet: nullo proinde tempore ius reluendi præſcribit.

4. Inſuper pignus plerunque pluris eſt, quam debitum, &, ſi debitor primus præſcriberet, plus conſequeretur, quam ſibi deberetur: Atqui hoc abſurdum eſt *l.17. pr. Digeſt. de pact.* Igitur abſurdum & illud.

5. Communiter receptum eſt, in materia præſcriptionis, in qua de peccato agitur, ſtandum eſſe iuri Canonico & eius diſpoſitioni, per gloſſam & Dd. in *cap. poſſeſſor de reg. iur. in ſext.* Atqui ius canonicum, vt ſupra dictum fuit, improbat præſcriptionem mala fide poſſidentis, *d.c. fin. de præſcript.* Igitur pignus, quod à creditore mala fide poſſidetur, non poteſt vllo tempore præſcribi; & conſequenter ius luendi pignus & debitum offerendi in infinitum competit.

6. Actioni nondum natæ præſcribi non poteſt; cũ non-entis nullæ ſint qualitates, nullæ conſiderationes; atqui antequam pignus offeratur & luatur, actio pignoratitia ad repetendam rem pignoratam non competit, nec ea nata eſt; non igitur poteſt præſcribi, & conſequenter, etiam poſt longiſſimum tempus creditor debitum offerens & actione pignoratitia de pignore reſtituendo agens, audiendus erit.

7. Et hæc ſententia, cum ſit in ſummo Imperii dicaſterio, in Camera videlicet Imperiali recepta, teſte diligentiſſimo eiuſdem Imperialis Cameræ obſeruatore, Andrea Gailio *2 obſeruat. 18. n.4.* Idcirco merito aliis inferioribus in iudiciis obſeruanda, recipienda & retinenda erit.

8. Eandemque ſententiam comprobat quoque Nouella conſtitutio electoris Saxoniæ quæ extat *part. 2. capit. 1.* ibi enim ita ſcribit Elector: Es ſeindt in dieſer fragen bey den Rechtslehrern zweyerley meinungen / Denn etliche halten / daß die verjahrung ſtade haben ſolle / die andern aber ſchlieſſen darauff / daß keine præſcription darinne zuleßlich ſey / Dieweil denn vnſere Juriſten Facultetẽ vnnd Schöpffenſtüle derenthalben auch vngleich geſprochen / So haben wir jhnen durch vnſere verordnete Räthe aufferlegen / vnd ſie mit einander vergleichen laſſen / nach dieſer opinion, ſo an dem Käyſerlichen Cammergericht / vnd vnſerm Obernhoffgericht zum theil gehalten / zuerkennen / Nemlichen / daß in beyden fällen des pfandes vnnd widerkauffs halben / einige verjährung oder præſcription durchauß / auch hundert vnd mehr jährige / nicht ſtadt habe / ſondern zu jeder zeit ein verpfändt oder widerkäufflich verkaufft Gut / krafft vnd inhalt deß auffgerichten erwieſenen contracts gelöſet / oder wider erkaufft werden möge.

9. Poſtremo approbata & recepta eſt hæc ſententia communi prope Dd. & ICtorum præſtantiſſimorum calculo:

Nam

Nam poſtRogerium ICtum & antiquum iuris interpretem ſententiam hanc tenétur Iacobus Cuiacius in *l. pignori de vſurpat.& vſucap.& in paratitl.C.de praſcript.30. vel 40.*annorum, Iohannes Borcholt in *tract.de vſur.c.6.n.11.& ſeqq.*Andr. Gailius *2.obſ.18.*Hyppolitus de Marſiliis *tract. de fideiuſſoribus n.101.*Tyraquell. in *tract. conuent.§.9.gl.1.num.3.& 4.* Mynſing. *cent.1. obſ.16.*Franciſc.Balbus *de praſcr. tract. 3.& 4.part.5.*& alii infiniti tam ex veteribus, quam recentioribus.

Ad contraria vero præcedentis opinionis fundamenta nō difficilem reſponſionem eſſe huius ſententiæ ſectatores exiſtimant.

*Ad primum* enim reſpondetur, argumētum ex natura correlatorum depromptū; non procedere, quando non eadem, ſed diuerſa ratio eſt correlatorum, vt hic: Actioni enim hypothecariæ, creditori cōpetenti, præſcribi, quia illa ſtatim ab initio, quam primum hypotheca contrahitur, nata eſt *l.3.C.de longiſſ.temp.praſcript.* at actioni pignoratitiæ non præſcribi, quia ante luitionem pignoris nondum eſt nata.

*Ad ſecundum* reſpondet Borcholdus *d. l nec creditores & l.vlt.C.de pignor.act.*agere de actione pignoratitia iam nata, eamq; ibi negari longo tempore præſcribi, tacite vero concedi tempore longiſſimo extingui: at vero actionem pignoratitiā ante luitionem pignoris nondum natam præſcribi non poſſe.

*Ad Tertium* reſpondet idem Borcholdus in *d.l.4. C. de praſcript.longiſſ. tempor.* per ius non intelligi quoduis ius, ſed ius tantum actionum illudque triginta vel quadraginta annorum ſpacio extingui: non igitur hoc ad ius luitionis pignoris extendendum & porrigendum eſſe.

*Ad quartum* reſpondent *l.3.C.de longiſſ. temp.praſcriptione* intelligendum & exaudiendum eſſe de actionibus iam natis, non de naſcituris&in rerum natura nondum exiſtentibus: illas præſcribi, has vero non item. At in propoſito, pignoratitiam actionem, de cuius præſcriptione agitur, non eſſe natam quando de pignore luendo agitur.

*Ad Quintum* reſpondent illud quoque ad actiones iam natas pertinere, has præſcriptione eſſe capiendas, ad naſcituras vero commodari non poſſe: & ideo ſicut præſcriptio ad iura&actiones iam natas duntaxat exiſtentes pertinet, ita quoque ad eas rationem quoque præſcriptionis reſtringendam eſſe.

Ad *Sextum* & *vltimum* reſpondet Borcholdus, illud male concludere, vt ex ſimili hoc intelligi poſſit: nam filiusfamilias, inquit, à patre facile impetrare poteſt, vt pater agendi poteſtatem & facultatem ſibi faciat: hoc tamen ſi filiusfamilias non fecerit, non obſtat præterea filiofamilias præſcriptio *l. 1. §.vlt. Cod. de annali except.*Ad eundem igitur modum debitori non obſtabit præſcriptio, qui pignoratitiam actionem ſibi non genuit, cum facile, ſoluta pecunia, gignere illam ſibi potuiſſet.

Remotis igitur contrariis obſtaculis, concludunt ſupra recenſiti iuris Interpp. iuri&facultati luendi&redimendi pignus præſcribi non poſſe.

Veruntamen mihi prior iſta ſententia, primum à Bulgaro propoſita, poſt à pleriſque pragmaticis defenſa, veritati magis conſona eſſe videtur.

Quod enim cuiuis iuri præſcribatur 30.vel 40.annis, clare & perſpicue à Iuſtiniano aſſeritur in *d.l.4.C.de longiſſ.temp. praſcript.*nec video qua ratione, quoue fundamento Borcholdus verba admodū generalia, de quocunque & quolibet iure concepta, ad ius actionum reſtringere queat.

Reliqua argumenta fere omnia hac diſtinctione eludere conatur noſter Author, quod actio nondum nata præſcribi nequeat; actio vero nata duntaxat præ-

ſcriptione

ſcriptione extinguatur: Sed quid de hac diſtinctione habendum ſit, & quantum ad argumenta iſta elidenda & infringenda faciat, in reſolutione ſexti argumenti poſterioris opinionis aperiemus.

Nunc igitur operæ precium videtur, vt diligenter ea conſideremus & inquiramus vtrum etiam id, quod intendunt, probent.

Quod igitur ad primum attinet, ſciendum eſt vulgare iſtud axioma, quod ea quæ meræ ſunt facultatis præſcribi nequeant, nō ita ſimpliciter admitti poſſe: Alioquin & ſeruitutes, quæ etiam meræ ſunt facultatis, quarumque exercitium in mera facultate liberoque arbitrio eius, cui conſtitutæ ſunt, conſiſtit, præſcribi non poſſent: Idemque de actionibus quoque dicendum foret, vt quæ & ipſæ ex mera facultate liberoque arbitrio actoris & creditoris dependeant: proinde Matth. Weſenbec. in loco ſupra citato reſtringit hoc ad ea, quæ non tantum reſpectiue, ſed abſolute ſunt meræ facultatis & iure dominii competunt, nec ab alio debentur, ſed inſunt propriis dominiis: hæc, ait, Weſenbecius, nō præſcribi, ſed vna cum domino poſſidere ab animo domini & voluntate, quia poſita ſunt in cuiuſque iure abſoluto & facultate, vt quamuis nunquam præſcribantur, tamen non reddantur propterea incerta dominia rerum, ſed magis confirmentur & ideo, cum in his ceſſet ratio præſcriptionis, ipſa quoque præſcriptio ceſſare debet. Atqui ius offerendi nō eſt ita meræ facultatis cum quodāmodo ex voluntate etiā creditoris pendeat, vt qui recuſare poſſit debiti oblationem, ſi minus opportuno tempore vel loco offeratur aut aliā rationē habeat, cur acceptare oblatum debitum ſibi integrum non eſſe exiſtimare poſſit. Alter quoad hoc axioma diſtinguit Couarru. *1. Reſolut. c. 9. n. 2.* vt procedat quoad ea, quæ ſunt facultatis, nō procedat quo ad ea, quæ priuatæ ſunt facultatis. Item vt obtineat in his, quæ ſunt meræ facultatis & ad factum pertinent, non vero in illis quæ iuris ſunt & ex aliquo iure competunt.

*Secundum* etiam argumentum exigui eſt momenti. Nam hoc duntaxat probat, quod longo, vel longiſſimo tempore res ipſa pignorata non præſcribitur; ſed exinde inferri non poteſt, quod iuri rem oppignoratam luendi non præſcribatur tempore longiſſimo. Plane quemadmodum non ſequitur: Res commodata non poteſt à commodatario præſcribi, quia ab ipſo poſſidetur alieno nomine, nempe nomine commodantis: Ergo non poteſt præſcribi actioni commodati longiſſimo tempore: directo quidem nec oppignoratæ, nec commodatæ rei præſcribi poteſt, ſed per indirectum & obliquū poteſt, ſi videlicet iuri offerendi vel pignoratitiæ iam natæ præſcribatur, aut ſi commodati actio longiſſimi temporis præſcriptione extinguatur.

Idem ad *tertium* argumentum reſponderi debet, vbi & hoc addendum, quod nobis ſit quæſtio de longiſſimi tēporis nempe 30. vel 40. annorum præſcriptione, ad quam bonam fidem non requiri, verius eſt, & ſuo tempore infra in *diſputat. de vſucapione* demonſtrabimus.

*Ad Quartum* reſpondetur, abſurdum quidem eſſe, ex obligatione motui plus exigere vel conſequi; quam debetur & debitor à creditore accepit; ſed abſurdum non eſſe ex præſcriptione plus conſequi præſcribentem quam alteri dedit: Imo præſcriptio & vſucapio merum interdum adferunt lucrum, ſi ex cauſa lucratiua procedant, veluti ex cauſa donationis, legati, commodati & conſimilibus.

*Ad Quintum* reſponſio expedita eſt, in materia videlicet præſcriptionis ius canonicū nō attendi ſic, vt iuri ciuili præferatur; maxime quando de præſcriptione

iurium & actionum agitur; Alioquin certe non facile actio aliqua præſcriberetur, cum bona fides plerunque deficiat, ius vero canonicum ſine bona fide nullam præſcriptionem currere patiatur. *d. cap. fin. de præſcript.*

*Ad Sextum* reſpondendum, actioni nondum natæ præſcribi non poſſe, ſed tamen iure eo, ex quo naſcitur, præſcriptione extincto, quo minus naſcatur, impediri eam poſſe. Quamuis igitur actioni pignoraticiæ non poſſit præſcribi ante pignoris luitionem, vtpote nondum natæ, nec in rerum natura exiſtenti, poteſt tamen ius luendi pignus præſcriptione tolli *l. 4. Cod. de longiſſ. temp. præſcript. 30. vel 40. annorum.* Eoque ſublato, pignoratitia actio, quæ non competit niſi debito ſoluto & pignore liberato, extinguitur: Impedita quippe cauſa, effectus quoque, quo minus ſequatur, impeditur.

*Ad Septimum* reſpondeo præiudicia Cameræ Imperialis non facere ius vniuerſale, quod aliis in dicaſteriis neceſſario & præciſe obſeruari debeat.

* * *

VOLV-

# VOLVMINIS POSTERIORIS DISPVTATIONIS SECVNDÆ,

## PARTIS I.

## De Emptione-Venditione.

### QVÆSTIO I.

I. *Anne in vſu iuris noſtri promiſcue dicatur emptor & venditor, emptio & venditio?* 109

II. *An Emptionis nomen generaliter pro quauis ſpecie alienationis vſurpetur?* 113

III. *An Emptio-venditio ſit contractus iuris gentium?* 115

IV. *An emptio ſolo perficiatur conſenſu?* 116

V. *Quænam ſint ſubſtantialia contractus emptionis-venditionis?* 118

VI. *An emptio ſit contracta, quando dictum eſt, volo emere hanc rem 100. floren. volo vendere?* ibid.

VII. *An venditor præciſe ad rem venditam tradendam teneatur, an vero liberetur præſtatione intereſſe?* 123

VIII. *An in contractu emptionis-venditionis circumuentio ſit licita?* 124

IX. *An audiri debeat emptor rem ſibi tradi petens, ſi venditor non petierit, nec vrſerit precij ſolutionem?* 125

X. *An dolus, cauſam contractui dans reddat contractum bonæ fidei ipſo iure nullum?* 126

XI. *An infans poßit tutoris authoritate emere-vendere?* 131

XII. *An poßit & furioſus conſenſu curatoris?* 133

XIII. *An Filiusfam. ratione illorum bonorum, in quibus habet plenam proprietatem, emptionis contractum cum patre inire poßit?* 135

XIV. *An etiam de illis in quibus nudam proprietatem habet, pater vſumfructum?* 139

XV. *An Tutor cum pupillo emptionem venditionem contrahere queat?* 140

XVI. *An magiſtratus perpetuus cum ſubdito?* ibid.

XVII. *An Chriſtianus cum Barbaris & hoſtibus fidei chriſtianæ?* 141

XVIII. *An medicus cum ægroto?* 142

XIX. *An inuitus quis vendere cogatur?* 143

XX. *An mater habeat beneficium l. 2. C. de patribus qui liberos?* 146

XXI. *An nuda venditione nomine transferantur?* 149

XXII. *An ad ceßionem actionum debitoris conſenſus neceßarius ſit?* 150

XXXIII. *An ceßionarius liberare poßit debitorem, inuito creditore?* 153

XXIV. *An actiones reales cedi poßint?* 156



Digitized by Google

XXV. An actiones paſſiuæ transſeant in emptorem hereditatis? 157
XXVI. An venditor teneatur dominium transferre? 158
XXVII. An vendito caſtro cenſeatur Iuriſdictio vendita? 159
XXVIII. An dominium ex emptione per traditionem transferendum requiratur vacua poſſeſſionis traditio? 161
XXIX. An ſub cōditione res ꝓpria emi poſſit? 166
XXX. Quamobrem vaſallus non poſſit alienare feudum? 167
XXXI. An propter nudam venditionem vaſallus feudo priuetur? ibid.
XXXII. Ex quibus cauſis res Eccleſiæ alienari poſſint? 169
XXXIII. An valeat venditio rerum Eccleſiaſticarum ſolenni forma, ſine iuſta cauſa? 170
XXXIV. An valeat alienatio, omiſſa forma debita, quando eſt vtilis Eccleſiæ? 173
XXXV. An etiam res dotales mobiles alienari poſſint? 175
XXXVI An emere & vendere liceat annuos reditus? 177
XXXVII. An obligatio annuorum redituum ſit perſonalis? 184
XXXVIII. An ex nuda rei traditione præſumatur fides habita emptori? 185
XXXIX. An emptori fides haberi intelligatur poſt terminum? 186
XL. An precium in pecunia numerata conſiſtere debeat. 187
XLI. An ſtandum ſit iniquo arbitrio arbitri? 188
XLII. An corruat bona fides contractus, arbitro non arbitrante? 189
XLIII. An venditionis inſtrumentum probet ſi quantitas precii in eo nō ſit expreſſa? 191
XLIV. An contractus vi & metu extortus ipſo iure ſit nullus? 192
LXV. An ſimulata emptio ſit efficax? 195
XLVI. Ambigua emptio aduerſus quem ſit interpretanda? 196
XLVII. An error circa precium vitiet contractum emptionis? 197
XLVII. An vitietur emptio errore circa rem venditam commiſſo? 198
XLVIII. An error circa materiam rei vitiet emptionem? 199
XLIX. An etiam error qualitatis? 200
L. An & intra quodnam tempus facienda ſit rei venditæ menſura? 202
LI. An liceat ab emptione ſub amiſſione arrharum vel præſtatione dupli recedere? 203
LII. An datio arrharum ſit contractus? 205
LIII. Qualis actio detur ex cōtractu arrarū? 206
LIV. An res vendita, ante traditionem periens, emptori pereat? ibid.
LV. An Interdictum quod vi aut clam competat emptori cum pactum in diem additionis eſt factum? 213
LVI. An pactum commiſſorium ſit purum an vero conditionale? 214
LVII. An ex emptione venditione, ſub pacto reuenditionis facta, dominium transferatur? 216
LVIII. An pactum reuenditionis proſit venditoris heredibus? 217
LIX. An pactum hoc ſit reale & rem ipſam afficiat? 220
LX. Ad quem ſpectent fructus rei ſub pacto reuenditionis vendita? 223
LXI. An & quanto tempore præſcribatur redemptioni rei ſub pacto reuenditionis venditæ? 224
LXII. An iure Saxon. valeat pactio extraiudicialis, vt donec integrum precium ſoluatur venditor rem immobilem venditam pignoris loco retineat? 229
LXIII. An ius accreſcendi ad heredes transſeat? 231
LXIV. An emptio fieri poſſit vno nummo? 235
LXV. An vnus è pluribus emptoribus ſub pacto reuenditionis poſſit, partem precii offerendo, partem rei redimere? ibid.

DISPV-

# RESOLVTIO DISPVTATIONIS SECVNDÆ,

## *DE* VENDITIONE, ÆDILITIO EDICTO ET Reſcindenda Venditione

## Partis Secvndæ.

### *Thesis primæ.*

DE Emptione-venditione diſputationem exhibuit Treutlerus noſter volumine priori eamque fecit in ordine vigeſimam-octauam; veruntamen quia conſultum non videbatur tractationem de Ædilitio edicto, de euictionibus deque Reſcindenda venditione à tractatu emptionis-venditionis ſeparari atque diuelli; idcirco reſolutionem iſtius diſputationis *de emptione-venditione volum. prior. 28.* huc, tanquam in commodiorem & opportuniorem locum differendam, eamque diſputationem cum præſenti diſputatione de Ædilitio edicto, euictione & Reſcindenda venditione coniungendam duxi, quo tota iſta vtiliſſima & elegantiſſima emptionis-venditionis materia vno in loco & cõiunctim explicaretur: quocirca huius diſputationis duæ erunt partes, prior de emptione-vẽditione, in qua voluminis prioris diſputatio XXVIII. reſoluetur: poſterior de Ædilitio edicto, euictione & reſcindenda venditione, in qua præſens ſecunda poſterioris huius voluminis diſputatio explicabitur.

Appellatur autem præſens hic, de quo acturi ſumus contractus. *Emptio-venditio* quia, etſi vnus eſt contractus, factis tamen duobus mutuis conſtat, emptoris ementis, & venditoris vendentis: recte igitur duorum factorum nominibus inſignitur. Ex hoc tamen non inferendum, emptorem & venditorem promiſcue dici, eumq; quia emit, vẽditorem, illum vero, qui vendit, emptorem dici poſſe: ſicut enim facta iſta, quibus contractum hunc conſtare diximus, reuera ſunt diſtincta & diuerſa, ita vt aliud ſicut emere & aliud vendere; ita quoq; perſonæ, hunc contractum emptionis-venditionis ineuntes, reuera ſunt diuerſæ atque diſtinctæ, & alius emptor eſt, alius venditor; emptor qui pretium dat & mercem accipit; venditor, qui dat mercem & pretium accipit.

*Lit. A.* Qu. 1. *An promiſcue emptor dicatur vẽditor & vice verſa & emptio dicatur vẽditio & contra?*

Sic etiam facta iſta duo in iure accurate diſcernuntur, vt aliud emere ſit, aliud vendere, nec puto verba iſta emere & vẽdere vſpiam in iure promiſcue vſurpari, ita vt emere pro vendere, & vendere pro emere ponatur vel vſurpetur.

In hiſce enim diſcernendis & diſtinguendis ſummam adhibuiſſe veteres diligentiam, teſtatur Paulus in *l. 1. §. penult. Digeſt. de contrahend. empt. & in l. 1 Digeſt. de rerum permutat.* necnon Iuſtinian. Imperator in *§. 1. Inſt. de empt. vendit.* vt proinde

 credi-

conuenire debent: nulla proinde ineſt huic argumentationi conſequentia.

Ad *dict. leg. Liberto, Digeſt. de annuis legat.* reſpondet Robertus, caſum illic eiuſmodi proponi, quo vterque emptionis-venditionis & locationis conductionis contractus coniunctim fuerit initus, quo nempe quis alicuius agri vel prædii fructus in plures annos certo pretio alicui addixerit: eo quippe caſu vtrumque dici poſſe eum qui dederit & vendidiſſe & locaſſe, illum vero, qui ſuſceperit & emiſſe & conduxiſſe: nam vt tunc emptio contracta dici poteſt, iuxta *l. cum manu ſata. 40. verſ. ſylua. & l. 8. verſic. & tamen fructus. D. de contrahend. empt.* ita & locatio *l. 1. paragraph. quia in perpetuum. Digeſt. ſi ager vectigal. petat. L. Cotem. §. 1. Digeſt. de publicanis*

Mihi proinde, aliorum rectius ſentientium iudicio ſaluo, ad *dict. leg. 19. & ſequent. 20. Digeſt. de action. empt.* reſpondendum videtur, Gaium Iuriſconſultum illis in legibus reſpexiſſe ad illud tempus, quo à contractu emptionis-venditionis nondum diſtincta fuerit permutatio: eo quippe tempore, quia diſcerni non poterat vter emptor & vter venditor, vtrum pretium & vtrum merx eſſet, Iuriſconſulti veteres nominibus iſtis, emptor, venditor, emptio, venditio, promiſcue ſunt vſi, atque emptorem venditorem, & viciſſim venditorem emptorem appellarunt. At hodie, poſtquam permutatio ab emptione & re & nomine diſtincta eſt, & emptor à venditore, emptio à venditione nomine & appellatione ſunt diſcreta; ita vt alius ſit, qui emptor, & alius, qui venditor dicitur *l. 1. Digeſt. de contrahend. empt. L. 1. Digeſt. de permutat. paragraph. 1. Inſtitut. de empt. vendition.* non amplius emptio dicatur venditio, & venditio emptio, emptor venditor & viceuerſa quæ interpretatio etiam Vultrio non omnino diſplicet: eamque corroborat quod Gaius non dicit, emptionis & venditionis appellationibus nunc promiſcue nos vti, ſic enim textus iſte confirmaret ſententiam Authoris noſtri, ſed quod in præterito Gaius loquitur & ait, vſos fuiſſe veteres promiſcue iſtis nominibus.

Pro ſententia Treutleri porro non facit, quod, cum ex natura relationis, vbi emptor eſt, ibi quoque ſit venditor & vbi emptio, ibi quoque ſit venditio, ideo pro voce emptoris, venditoris, & viceverſa pro voce venditoris nomen emptoris vſupari poſſit.

Hoc enim argumentum, ſi concluderet, efficeret quoque quod, vi relationis iſtius, quæ & inter patrẽ & filiũ, maritum & vxorem intercedit, pater nomine filii, & filius nomine patris, Maritus item vxoris, & vxor mariti nomine inſigniri queant: at hoc cum ſit manifeſte abſurdum, palam eſt quod argumentum iſtud mala & vitioſa laboret conſequentia. Sic etiam, quod aiunt, in *l. 34. Dig. de contrahend. empt.* vendere pro emere dici, id puto à veritate non parum abhorrere: ait ibi Paulus Iuriſconſultus, ſi pactum emptionis ſit ambiguum ita vt non appareat de quo Sticho contrahentes ſenſerint, tunc eum Stichum deberi, quem venditor intellexerit; cui conſequens eſt, obſcuræ conuentionis interpretationem nocere emptori, & non venditori: at regula eſt iuris, obſcuritatem & ambiguitatem emptionis venditionis nocere venditori non vero emptori *l. 39. Digeſt. de pact. L. 172. de regul. iur.* Igitur per venditorem in *dict. leg. 34.* non is, qui proprie venditor dicitur, ſed emptor intelligi debet; ita Diſſentientes hunc textum inducunt & ad propoſitum accommodant.

Verum perperã & impertinenter textum iſtum *d. l. 34.* huc allegari opinor, eo quod ipſæ leges doceant, aduerſus

eum

eum ambiguæ & obſcuræ conuentionis interpretationem eſſe faciendam, qui legem contractui dixit, eamque apertionem dicere potuit *dict. leg. veteribus Digeſt. de pact. l. 21. & 33. Digeſt. de contrahend. emption.* ſiue is venditor, ſiue emptor fuerit. Cum itaque in caſu *dict. leg. 34. Digeſt. de contrahend. empt.* emptor pactum de Sticho ſeruo vna cum fundo ſibi dando adiecerit, idcirco æquum eſt, ambiguitatem iſtius pacti, cuius legem potuiſſet dicere aptiorem, ipſi, & non venditori nocere, nec eum à venditore Stichum deberi quem emptor, ſed quem venditor elegerit.

Cæteroquin, ſi venditor legem contractui dicat, vt plerunque facere ſolet, ambiguitas pacti ipſi & non emptori nocebit. Et cum regulariter emptoris contractui legem venditor dicat, ideo etiam quibuſdam in legibus abſolutè dicitur, venditori ambiguitatem nocere, vt in *l. 172. de reg. iur.*

Aliter paulo adductam *l. 34.* interpretatur Vdalricus Zaſius in *l. 38. de verbor. obligat. paragraph. 10.* Ait enim, ſi vterque contrahens obſcurè & confusè pactum conceperit, ita vt iudex poſſit pro illo, vel pro altero interpretari, tunc fieri interpretationem contra eum, qui conuentione nititur, quique fundat ſuam intentionem in conuentione; idque ideo, quia is, qui ſuam intentionem fundat in verbis obſcuris, nihil habet, quod probet propter obſcuritatem, ideo merito propter eum fiat interpretatio. Quapropter cum in caſu obiectæ legis 34. emptor principaliter egerit & ſuam intentionem fundarit in certum Stichum & non potuerit probare, ideo, inquit Zaſius, contra eum pro venditore interpretationem factam eſſe.

Ex his proinde relucet, falſum eſſe, quod in *d. l. 34.* venditor pro emptore dicatur.

Inſuper, quod vendere pro emere, venditor pro emptor aliquando dicatur, probare conantur ex *l. qui fundum. 7. §. qui bona. in verb. quare etſi eo tempore redhibeatur homo quo ſcit alienum eſſe, vſucapio non continget quamuis, antequam venderet, in ea cauſa fuerit vt vſucaperet. Digeſt. pro emptore.*

Ecce hic emptor proponitur vendidiſſe: ergo venditor pro emptore dicitur.

Sed recte adhoc reſpondet Iacobus Cuiacius, in hoc præſenti textu non eum, qui eſt venditor hominis emptorē dici, quaſi ſit emptor pretii, ſed eum, qui emptor eſt hominis, venditorem dici eo quod ipſe eundem hominem poſtea alii rurſus vendiderit: nec ſanè abſurdum eſt reſpectu diuerſorum diuerſis è contractibus eundem & emptorem & venditorem appellitari.

Conſimiliter ſententiæ noſtræ non obſtat locus à Iohanne Roberto è Plauti Trinummo allegatus, vbi, cum Staſimus ſeruus hæc primum propoſuiſſet:

*Si quis mutuum quid dederit, fit proprio perditum:*
*Cum iam repetas, inimicum amicum beneficio inuenis tuo:*
*Si mage exigere cupias, duarum rerum exoritur optio,*
*Vel illud, quod crediderit, perdas, vel illum amicum amiſeris.*

Paulo poſt in eandem ſententiam ſubiicit: *Nam ego talentum mutuum, quod dederam, talento inimicum mihi emi, amicum vendidi.* Vnde rurſus colligit Robertus emptorem aliquando venditorem & vice verſa vocari.

Hoc, inquam, non obſtat, dupliciter enim reſpondet Cuiacius 1. In præſenti loco non eundem emptum & venditum dici, ſed alium emptum, alium venditum, emptum inimicum, venditum amicum.

2. Sæpe

Digitized by Google

2. Sæpe in iure actionem ex empto dici ex vendito, quandoque, & contra Κατ' ἔκληψιν, qua integra appellatio ſit actio ex empto vendito, vel ex vendito-empto *l. multum. Digeſt. de heredit. vel act. vendit. l. & ſi vno. Digeſt. de act. empt.* ſicut actio ex locato-conducto & ex conducto-locato *l. vlt. §. 1. Digeſt. ad L. Rhod. de iact.*

Porro quod emere pro vendere dicatur euincere conantur *l. vnic. C. ſi ſeru. ext.* Sed & hic idem, quod ad præcedentem obiectionem, reſpondendum eſt, nempe emere pro toto contractu emptionis-vẽditionis Κατ' ἔκληψιν poni.

Eadem reſponſio eſt ad *l. 13. §. 23. Dig. de act. empt.* vbi dicitur emptor ex vendito agere: itemque ad *l. 26. Digeſt. de euict.* vbi emptor ex vendito actionem habere dicitur, quod nempe ibi actio ex vendito per ἔκληψιν pro actione ex empto-vendito dicatur.

His proinde obſtaculis remotis, perſpicuum eſſe opinor, vocabula iſta emere vendere, emptor venditor emptio vẽditio nunquam in iure confundi, ſed vbiuis accurate diſcerni.

*Lit. B, & C.* Qu. 2. *An emptionis nomẽ generaliter pro quavis ſpecie alienationis vſurpetur?*

Emptionem porro venditionem, ad legem duodecim tabularum relatam omnem alienationis ſpeciem complecti, ait Autor noſter & teſtatur id ipſum quoque textus in *l. 29. circa finem Digeſt. de ſtatulib.* vbi Pomponius ait, Legem 12. Tabb. omnem alienationem complexam videri; hoc vero ideo, quia veteres contractus ſuos & actus, quos firmiores eſſe cupiebant, per emptionem-venditionem, vel veram imaginariam celebrare ſolebant, vt probant exempla Emancipationis *§. præterea. Inſtit. quibus mod. ius patr. pot. ſoluit,* & teſtamenti per æs & libram *pr. Inſtit. de ordin. teſtament.* Cæterum, an & hodie, in vſu iuris noſtri, nomen emptionis ita late pateat vt quæuis alienationes comprehendat, dubio non caret? pro Affirmatiua militant Iohannes Coraſius *lib. 3. Miſcell. capit. 3. numer. 4.* Fab de Monte *in tractat. de empt. quæſt. 2. num. 1. & ſeqq.* Tyraquell. *de retract. ligna. §. 1. gloſ. 2. in princip.* Petr. Heig. ad *pr. Inſtit. de empt. numer. 2.* Robertus *lib. 1. animaduerſ. capit. 8.* Mouentur autem hi primo per textum in *dict. leg. 29. in fine Digeſt. de ſtatulib.* vbi ex L. 12. tabb. emptio dicitur omnem alienationem complecti.

2. Idem etiam confirmari putant *l. ſicut. §. venditionis. Digeſt. quib mod. pign. vel hypothec. ſoluit.* vbi Marcianus, *venditionis,* ait, *appellationem generaliter accipere debemus, vt etſi legare permiſit valeat, quod conceſſit, quod ita intelligemus, vt etſi legatum repudiatum fuerit, conualeſcat pignus.*

3. Et hoc ipſum quoque huius calculo ſuo comprobare videtur in *l. 9. §. 1. ff. de pignorib. quod emptionem venditionemque,* inquiens, *recipit, etiam pignorationem recipere intelligitur.*

4. Et quod donatio quoque venditionis verbo comprehendatur, relucet ex *l. vſumfr. Digeſt. de liberali cauſa. l. 1. Cod. ſi mancip. ita fuerit alienat. l. mancipia Digeſt. qui ſine manum. ad libert. peruen.* quibus in legibus, quod ius de venditione ſtatuit, idem quoque de donat. & legato aſſeritur. Hoc autem ſine dubio non alia de cauſa, quam quia venditionis nomen ita late patet, vt ſub ſe donationem quoque complectatur.

Concludunt igitur ex modo adductis fundamentis ſupra allegati Interpp. quod nomen emptionis-venditionis ad omnem alienationem & contractum, & hodie ex vſu iuris noſtri recte referatur. Quod tamen Coraſius tunc fallere dicit quando ratio diuerſitatis aliud ſuadet.

Veruntamen ab hac ſententia recte diuortium faciunt Iacobus Cuiacius *in*



Digitized by Google

*Notis ad Anim. Roberti lib. 1. c. 8.* Arius Pinel. ad *l. 2. C. de reſcind. vendit. part. 2. cap. 1. nu. 10.* ſtatuentes, quod nomen emptionis-venditionis non comprehendat omnem alienationem.

Pro qua ſententia facit 1. *l. fin. Cod. de rebus alien. non alienand.* vbi emptio-venditio ſpecies alienationis conſtituitur & cæteris alienationis ſpeciebus expreſſe opponitur.

2. Deinde in *l. 1. Digeſt. de contrahend. empt.* diſtinguit Paulus emptionem-venditionem ab aliis contractibus & negociationibus: at male hoc fieret ſi appellatione emptionis venditiones & reliqui omnes contractus comprehenderentur.

3. Et quod nomen & contractus emptionis debeant eſſe ab aliis contractibus diſtincta, docet Iuſtinianus in §. *1. Inſtit. de empt. vend.* & IC. *in l. 1. ff. de permut.* quibus in locis, quod nomen & formam, emptio à permutatione, quæ tamen emptioni admodum ſimilis eſt, accuratiſſime diſcernitur, & ſimul diſerte negatur, quod nomen emptionis permutationi competat: quod ſi itaque in permutatione, quæ, vt dixi, emptioni admodum affinis eſt, locum habet, cur non multo magis aliis in contractibus, quibus cum emptione- venditione non tanta intercedit cognatio, obtineret?

4. Et quod emptio venditio à cæteris contractibus & re & nomine in vſu iuris accuratiſſime & exactiſſime diſcernatur, probant *l. 7. §. 1. 2. Digeſt. de pact. l. ſi pupillorum paragraph. ſi prætor. Digeſt. de reb. eorum qui ſub. l. fin. Digeſt. de condict. cauſ. dat. l. item legato. §. 1. Dig. de legat. 3.*

5. Et idem denique euincunt integri tituli, in iure noſtro extantes, veluti *tit. Digeſt. & Cod. de vſucap. pro emptor. pro donato, pro legato.* quidam e fruſtra ſic diſtinguerentur, ſi emptio-venditio vſucapionem, legatum & cæteras alienationis & contractus ſpecies comprehenderet.

Falſum itaque & confictum eſt quod vulgo ſomniāt & dictitant iuris Interpp. quod in vſu iuris notorii adeo late pateat nomen venditionis vt vniuerſas ſpecies alienationis & contractus contineat.

Nec multum negotii faceſſunt nobis argumenta, pro prima Affirmantium opinione adducta: Non certe primum, ex *l. 29. Digeſt. de ſtatulib.* deſumptum; ipſa quippe verba textus clare oſtendunt, Iuriſconſultum ibi referre antiquitatem legis 12. tab. apud quam, ob penuriam vocabulorum, & quia adhuc non ita diſtincta erat emptio venditio ab aliis contractibus & alienationibus, ſicut hodie, emptionis verbum latiſſime patuiſſe & quamuis alienationem & cōtractum ſignificaſſe ait Pinellus *dict. cap. 1. numer. 12.* hodie tamen eodem modo in vſu iuris noſtri nomen iſtud emptionis vſurpari, exinde inferri non poteſt, maxime cum videamus Iuriſconſultos & Imperat. in emptione ab aliis contractibus diſcernenda plurimum laboraſſe: ſic enim ex eo, quod olim lege 12. tabb. legati nomen ad quamuis vltimam voluntatem, referente Iuriſconſulto in *l. verbis legis Digeſt. de verb. obligat.* relatum fuit, nemo ſanæ mentis inferet quod etiamnum hodie in vſu iuris noſtri legatum quamcunque vltimam voluntatem denotet.

Ad reliqua fundamenta non eſt difficilis reſponſio: Quod enim leges & ſtatuta de emptione-venditione concepta, ad alias vel alienationis vel contractus ſpecies applicentur, id non fit vi & ſignificatione verbi, quaſi venditionis nomen omnem in genere contractum ſignificet, ſed ex identitate ſiue pari-

ritate rationis, eo quod ratio, ob quam aliquid in emptione-venditione ſtatutum eſt, in aliis etiam contractibus obtineat: ſtatuta proinde & leges, de emptione-venditione loquentia, ad alios referuntur contractus per extenſionem, non quæ fit vi verbi, ſed quæ fit ex parietate rationis. Pinellus *dict. loco.*

Quocirca hodie emptio-venditio pro certa contractus ſpecie, diſtincta à cæteris contractibus re & nomine, accipi, planum & perſpicuum eſſe opinor.

Lit. D. Eſt porro emptio venditio contractus antiquiſſimus originem trahens à permutationis contractu prout docet Paulus in *l. 1. Digeſt. de contrahend. empt.* Quanquam vero etiamnum hodie permutationis contractus cum emptione in quibuſdam magnam habeat conuenientiam, ab ea tamen rurſus in aliis plurimum differre deprehenditur, prout à me oſtenſum fuit in *diſputat. vlt. quæſt. 4. volum. prior.* Sententiam certe Alciati in *L. 2. Digeſt. de verb. obligat.* negantis perpetuam & conſtantem differentiam inter emptionem-venditionem ac permutationem dari poſſe, ſolide & admodum perſpicue refellit *L. 1. Digeſt. de permut.* vt prolixiori refutatione opus eſſe non videbatur; quamuis etiam Alciatus hoc differre non ſtatuat.

Qu. 3. *An emtio-venditio ſit ex iure gentiũ?* Illud veriſſimum videtur quod hic Autor noſter ſcribit & communi Dd. calculo approbatum eſt, emptionem-venditionem ex iuregentium deſcendere; hoc quippe probat *L. 1. §. fin. Digeſt. de contrahend. empt.* vbi Paulus *eſt autem,* inquit, *emptio iurigentium, & ideo conſenſu peragitur & inter abſentes contrahi poteſt & per nuncium & per literas.*

2. In *l. ex hoc iure ff. de juſtit. & iure* emptio contractibus, iuregentium introductis, accenſetur.

3. Et in *l. 7. pr. Digeſt. de pact.* conuentionibus iurisgentium expreſſe annumeratur.

4. Et in *§. 2. Inſtit. de iuſtit. & iure* quoad originem ad ius gentium refertur emptio venditio: vt ita propter tot apertos textus nulla fere dubitatio eſſe poſſit quin emptio & venditio contractus ſit ex iuregentium originem trahens.

Sed tamen exiſtunt nonnulli haut poſtremi nominis Iuriſconſulti, quibus videtur emptio-venditio quoad quid, reſpectu videlicet pretij, eſſe iuris ciuilis: quam ſententiam probari hac ratione conantur: quicunque contractus partem ſubſtantialem habet, ex iure ciuili deſcendentem, ille contractus iuri ciuili adſcribitur *arg. L. ius ciuile Digeſt. de iuſt. & iure.* vbi dicitur, quod quotiens iuri communi aliquid additur vel detrahitur, totiens efficiatur ius ciuile: Iam vero pretium, quod abſque dubio pars ſubſtantialis eſt emptionis venditionis *l. 72. Digeſt. de contrahend. empt.* ex iure ciuili deſcendit, quatenus nempe pecunia numerata conſtare debet, quandoquidem pecunia ſeu nummus ſignatus primis hominibus primaque ætate nullatenus fuit, vt tradunt Plinius *lib. 33. cap. 1. & cap. 3.* Budæus in *l. 1. de contrahend. empt.* & innuit Iuriſconſultus Paulus in *l. 1. Digeſt. de contrahend. empt.* atque ideo ex iuregentium, quod cum genere humano proditum eſſe dicitur *l. 1. Digeſt. de acquir. rer. dom. §. ſingulorum. Inſtit. de Rer. diuiſ.* nummus ſignatus, ſiue pecunia, originem habere non poteſt; conſequenter emptio venditio parte ſubſtantiali, ex iure ciuili promanante, conſtans, non erit mere iurisgentium, ſed ciuili iuri adſcribi debebit.

2. Iuuat hanc etiam ſententiam quod qualis eſt cauſa, tale etiam debeat eſſe cauſatum; & vice verſa, obligatio autem, ex contractu emptionis-venditionis deſcendens, ſit iuris ci-



Digitized by Google

mus, ſiquidem ædificator requirit materiam, vt ædificet. Ac proinde, licet emptio, quæ actionis & obligationis empti cauſa efficiens eſt, perficiatur conſenſu, tamen niſi & pretii ſolutio accedat, non naſci actionem empti nec effectum produci.

Veruntamen, quod axioma illud veriſſimum ſit, quod cauſa perfecta perfectũ producat effectũ, omnes teſtantur philoſophi. Nec infringitur per exempla in cõtrarium adducta. Nam ædificator ſolus non eſt cauſa perfecta, nec in actu poſita, cum ſufficienti materia inſtructus non eſt. At nos hic de ſufficiente loquimur & perfecta cauſa. Deinde conſenſus non eſt cauſa efficiens emptionis venditionis, aut alterius alicuius contractus, ſed potius materia ex qua, prout haut obſcure ſignificat ICtus in *l.1.§ 3 ff. de pact.* in qua ita ſcribit: adeo autem conuentionis nomen generale eſt, vt recte dicat Pedius; nullum eſſe contractum, nullam obligationem, quæ in ſe conuentionem non habeat, ſiue re, ſiue verbis fiat. Quod ſi itaque conuentio ſeu mutuus conſenſus eſt in contractu, ſequitur non eſſe cauſam efficientem, vt quæ non ſit interna cauſa, ſed externa, nec vnquam eſſentiã contractus ingrediatur. Cauſa igitur efficiens proxima ſint ipſi contrahentes, emptor & venditor, materia vero eſt cõſenſus. Proinde ſi adſit emptor & venditor, & hi conſentiant, negari non poteſt, quin adſit cauſa emptionis venditionis perfecta atque in actu poſita, & conſequenter effectus neceſſarii ſequatur.

Quapropter ad *§. offerri. d. l. 13.* ſic puto reſpondendum eſſe: emptionem venditionem, quamprimum de conſenſu conſtat, actionem producere, ſed illam actionem ab emptore ante pretii oblationem intentatam, exceptione à venditore elidi: inique ſiquidem petere videtur emptor rem ſibi venditam tradi, ac contractum non ad impleuit, nec pretium ſoluit: quocirca *in d. l. 13. §. offerri ff. de act. empt.* offerri pretium decet, nõ ad hoc, vt actio ex empto naſcatur, ſed vt actio ex empto efficax naſcatur, quæ nulla exceptione elidi aut euerti queat: cum paria videantur non habere actionem, & actionem habere, quæ exceptione elidatur & euertatur.

Et hanc ſolutionem expreſſe confirmat Imperator in *§. aliæ. Inſt. de donat.* vbi ita ſcribit: aliæ autem donationes ſunt, quæ ſine vlla mortis cogitatione fiunt; quas inter vivos appellamus, quæ nõ omnino comparantur legatis, quæ ſi fuerint perfectæ, temere reuocari non poſſunt; perficiuntur autẽ cum donator ſuam voluntatem ſcriptis, aut ſine ſcriptis manifeſtauerit, & ad exemplum venditionis noſtra conſtitutio eas etiã in ſe habere neceſſitate traditionis voluit, vt etiam ſi non tradantur, habeant pleniſſimum & perfectũ robur & traditionis neceſſitas incumbat donatori.

Hic Iuſtinianus aſſerit donationes inter viuos ad exemplum emptionis venditionis nuda perfici voluntate, & ante rei traditionem pleniſſimũ habere & perfectum robur; & neceſſitatẽ traditionis incumbere donatori. Quapropter & emptio venditio nuda perficitur voluntate, & ante traditionẽ rei perfectiſſimũ habet robur, ſic, vt neceſſitas tradendi (quæ in ſola actione conſiſtit) incumbat venditori.

Non refragatur præterea ſuperiori aſſertioni noſtræ, *l. 2. C. de periculo & commodo rei vendita.* in qua ita Alex. cum conuenit, vt ſingulæ amphoræ vini certo pretio veniant; antequam tradatur, imperfecta etiam tunc venditio periculum vini mutati emptoris, qui moram menſuræ non faciendæ non interpoſuit, non fuit.

Hic imperfecta dicitur emptio venditio vini ante traditionem & ad menſurationem vini, proinde ſolo conſenſu emptio venditio non perficitur.

P 3 Reſp.

Reſp. committi fallaciam cauſæ: nam illic ante ad menſurationem vini emptio vēditio dicitur imperfecta, non quod ſolo cōſenſu nō perficiatur emptio vēditio, ſed ad ſui perfectionē rei traditionē deſideret, verum idcirco, quia vino ad menſuram vendito intelligitur vinū non ſolū ſub conditione venditum, ſed etiam nullum certum vinum venditum; adiicitur enim menſura, vt apparet, quantum poſtea veneat. *l. ſi emptore §. alia ff. de contrah. empt.* Proinde priuſquam vinum admenſum ſit, non poteſt dici, quod venierit. Et conſequenter emptio venditio nondum perfecta eſt, cum de re non conuenerit inter contrahentes, emptorē & vēditorē.

Ex his igitur conſtat emptionem conſenſu contrahi, perfici & abſolui, ſed tamen conſenſu tali, qui ſit de pretio in pecunia numerata conſiſtente, eoque certo pro re ſoluendo.

### RESOLVTIO THESIS *Secunda.*

*Lit. A.* *Qu. 5. Quænam ſint ſubſtantialia emptionis venditionis?*

Ex prædictis patet, tria eſſe emptionis ſubſtantialia quæ ad perficiendam emptionem deſiderentur, conſenſum videlicet, rem ſiue mercem, & pretium. De conſenſu dubitare non licet, propterea quod tot in locis ex conſenſu emptio cōſtare dicitur *tot. tit. I. de obligat quæ ex conſens pr. I. de empt.* De merce & pretio idem plane conſtat ex *l. 72. ff. de contrahend. empt.* vbi Papinianus ait emptionis ſubſtantiam ex pretio conſiſtere. Pretium tamen & mercem ad emptionem hactenus requiri diximus, non vt neceſſum ſit rem tradi & pretium numerari; ſic enim non diceretur conſenſu perfici itemq; conſenſu peragi, ſed hactenus duntaxat, vt de merce & pretio conueniant ac conſentiant contrahētes, mercē & pretiū ſuo conſenſu ac conuentione determinent, definiāt.

Nec refragatur huic *pr. I. de empt. vendit.* Imperator aſſerit quod emptio & venditio contrahatur ſimulatq; de pretio conuenit: vnde videbatur dicendū, emptionis duo duntaxat fuiſſe ſubſtantialia conſenſum & pretium. Nam ad hoc reſpondendū eſt conſenſum de merce ſine re vēdita nō excludi hoc ipſo, ſed includi potius & præſupponi: nam pretiū & merx ſunt correlata: correlatorū autē nūc poſito alterū quoq; neceſſario ponitur, & qui, obſecro, pretiū contentione contrahentium definiri & determinari poſſet, niſi prius res ſiue merx, cuius iſtud eſt pretiū definita & determinata fuerit?

Cum itaq; tria hæc ſint ſubſtantialia emptionis venditionis, ita vt vno ex illis deficiente, emptio quoq; venditio deficiat; contra vero omnibus illis poſitis, emptio perfecta & contracta cenſeatur, ad probandū emptionē legitime contractam eſſe, hæc tria interueniſſe demonſtrari debet: quoniam etſi vnum interueniſſe probetur non tamē neceſſario ſequetur emptionem eſſe contractam: poſitis quippe vniuerſis rei ſubſtantialibus partibus res ipſa ponitur: at vna parte eſſentiali poſita non protenus ponitur res ipſa.

Ait Treutlerus, conſenſum à parte vtraq;, pretium vero & mercem à parte alterutrius interuenire debere: pretium ab emptore, mercē à venditore. *Lit. B.* Quæ ſentētia proculdubio falſa eſt: pretium quippe & merx hactenus ſubſtantialia ſunt emptionis venditionis & ad eam perficiendum requiruntur, quatenus conſenſu ſūt deficienda & determinanda *pr. I. de empt. vendit.* hactenus itaq; ab vtroq; contrahēte proficiſci debent: ſane quatenus ad cōſumandū emptionis venditionis contractum requiritur pretium & merx, vt videlicet pretiū ſoluatur & merx tradatur, eatenus pretium ab emptore, mercem à venditore proficiſci debere largior.

*Qu. 6. An emptio ſit contracta*

An autem præſumatur contractus emptionis initus & perfectus, cū vnus dixerit volo tibi hanc rem 100. vendere, alter reſponderit animo non ſimulato, volo emere, dubium eſt?

Nico-

*ſi dictum fuerit volo emere hanc rem 100 florenis, volo vendere?*

Nicolaus Mozzius de *empt. vēdit. column. 3. n. 46. & ſeq.* negatiuā defendit quia ſicut is qui dicit volo donare non cenſetur donaſſe *l. ſicut. §. ſi voluntate in verb.* non eſt ſatis ad repellendū creditorē quod voluit. *& cap. penult. de reg.* tranſeunt *ad religionem* vbi aliud eſt profiteri religionem & aliud vovere de profitendo. Ita quoq; aliud eſt emere-vendere, & aliud dicere volo emere, volo vendere.

2. Deinde ſicut cū dico, volo aſcēdere arborē, nō aſcendo; ita etiā cū dico volo emere, vel volo vendere, nō emo, nō vēdo.

Sed Accurſius in contraria eſt ſententia & ſtatuit ex talibus verbis emptionem-venditionem perfectam præſumi debere.

Primo enim, ait Accurſius, hiſce verbis legatū & fideicōmiſſum relinqui poſſunt, *§. fin. I. de ſing. reb. per fideicom. relict.* Igitur iiſdem emptio quoq; contrahi valet. Nicolaus Mozzius in loco ſupra citato reſpondet hoc ſingulare eſſe in vltimis voluntatibus, in contractibus vero locum non habere; verum ſingularitati auius rationem nullam adducit Mozzius.

Accedit huic & iſta ratio quod in dubio ſemper pro eo quod fortius, quod firmius & quod validius eſt, præſumptio fiat *arg. l. 7. §. 12. ff. de pact.* iam vero fortior eſt & validior cōtractus emptionis & vēditionis, quā pactum nudū de emptione vēditione contrahēda, cū illa actionem efficacem atq; ciuilem obligationē pariat hoc vero non item *l. 7. §. 4. & §. 7. ff. de pact.*

3. Adde, quod in tali pacto vniuerſa adſint emptionis-venditionis ſubſtantialia: conſenſus res & pretium; conſenſus præſens, & talis conſenſus, per quē & merx deſignata & pretium definitum fuit: vniuerſis autem rei alicuius ſubſtantialibus poſitis, ipſam rem poni neceſſum eſt.

4. Ait Iuſtinianus in *pr. I. de empt. vendit.* quod emptio-vēditio ſit contracta ſimulatq; de pretio cōuenerit: id quod denuo inculcat in *§. 3. eod. tit.* in propoſito autē de pretio conuenit: igitur emptio venditio eſt contracta.

Non moueor rationibus Nicolai Mozzii: nam cur nō cenſeatur donatio his verbis perfecta *volo donare.* ratio hæc eſt, quod olim donatio nō fuerit nudo cōſenſu perfecta, ſed ad eā perficiendā opus fuerit traditione *l. 1. ff. de donat.* quod enim hodie nuda vtriuſq; dantis & accipiētis voluntate perficitur, hoc primū Iuſtiniani noua lege effectū eſt *l. ſi quis argentum. de donat. §. 2. I. eod.* quia itaq; ſolo conſenſu nō perficitur donatio de iure veteri, de quo intelligi debet lex à Mozzio allegata, ideo nudis & ſolis iſtis verbis, *volo donare*, donatio perfecta non præſumetur, cū pars eius ſubſtātialis, nēpe traditio deficiat, ſecus eſt in emptione quæ ſolo & nudo conſenſu de re & pretio perficitur.

Sic etiam ſecundum argumentum non vrget: nam vt quis arborē aſcendiſſe vel aliud quippiam feciſſe dicatur non ſufficit conſenſus, & voluntas illud perficiendi, ſed factum etiam requiritur.

*Lit. C. Qu. 7. An præciſe ad tradendum teneatur venditor, an præſtatione intereſſe liberetur?*

Res vēdita, ſiue merx, vēditione perfecta, emptori tradenda eſt ad eamq; tradendā ipſi venditor obligatur: ſed vtrum præciſe ad tradēndū teneatur vēditor, an vero, ſi malit intereſſe præſtare; & tantū ſoluere pecuniæ emptori, quanti eius intereſt traditā fuiſſe rem ipſam venditā liberetur venditor à præſtatione & traditione rei valde controuerſum eſt? pleriq; n. ſtatuūt ꝙ ex tradendi obligatione promiſſor ad tradēdū obligetur, nec eius ꝙ intereſt præſtatione liberetur. Pro qua ſententia hæc facere videntur argumēta.

1. Ad hoc, inquiūt, quisq; cōueniri poteſt. ꝙ debet & ad ꝙ obſtrictus & obligatus eſt *pr. I. de act.* atqui ex ſtipulatione tradēdi nō debetur intereſſe, ſed traditio. Igitur ex tradendi obligatione non poterit præciſe ad tradendum agi. 2. Præterea nulla ex cōtractu obligatio eſt, niſi de eo, de quo cōuenit inter cōtrahētes: at in re vēdita aperte de re tradēda cōuenit nam. ad hoc res emitur, vt in emptorē trāsferatur: de eo autem quod intereſt, nihil cōuenit: igitur ex tradēdi obligatione n[illegible]

intereſſe, ſed ad ipſam rem tradendam agitur.

3. In *l.11.ff.de act.empt.§.2.* diſerte ſcriptum eſt, imprimis ipſam rem præſtare venditorem oportere, hoc eſt, tradere, quæ res, ſiquidem dominus fuit venditor, faciat emptorem dominum: ſin minus, tantum euictionis nomine venditorem obliget, ſi modo precium eſt numeratum, aut eo nomine ſatisfactum.

4. In eadem *l.11.§. venditorem.* dicitur, actionem ex empto emptori eſſe ad hoc, vt poſſeſſio ei tradatur: non eſt ergo ex empto in id quod intereſt, aut certe, etiam poſtquam res vendita tradita non eſt, nihilominus hoc etiam in obligatione eſt, vt res tradatur.

5. In *l.fin. C. de fideicom. libert.* iudex reprehenditur, qui debitorem ſerui non ad tradendum, ſed ad litis æſtimationem condemnarat. Vnde ſequitur, quod qui tradere promiſit, non ad tradendum præciſe, ſed ad intereſſe teneatur.

6. Præterea ſic inferunt: non debet melior eſſe conditio eius, qui ex venditione, bonæ fidei contractu, quam qui ex ſtipulatione, aut alio ex contractu ſtricti iuris conuenitur: iam melior efficeretur conditio venditoris, quam eius, qui ex ſtipulatione conuenitur, ſi venditor non præiſce ad tradendum teneretur, ſed oblatione intereſſe liberaretur, quia melior eſt conditio eius, qui electionem habet ex pluribus rebus, vtram præſtare malit, quam eius, qui certæ rei præſtandæ omnino obſtrictus eſt. Ei autem, qui ſtipulanti fundum dare promiſit, nemo facile tribuerit electionem & poteſtatem ſoluendi vtram malit, fundum, an vero intereſſe: ſiquidem fundum ipſum dare debet ac præſtare, vt eius dominium ſtipulatoris omnimodo efficiatur *l.75.§.vlt. de verb.obligat.* & ſtipulatio ſtricti iuris eſt, non admittens præſtationem eius quod intereſt, quod tantum ex bona fide præſtatur: ergo nec venditori ſeu ei, qui ex bonæ fidei iudicio conuenitur, permittenda eſt hæc electio, vt vel intereſſe, vel rem ipſam præſtare poſſit.

7. Ex bona fide, aiunt, eſt quod venditore, rem tradere nolente, cum poſſit, emptori liceat petere quicquid ſua intereſt, ré traditam eſſe; in quo non vera duntaxat rei venditæ æſtimatio continebitur, ſed & ſi quid præterea interſit, ſed ſi rem ipſam habere emptor malit, eandem bonam fidem facere, vt ei omnimodo præſtari debeat, adeoque obligationis iure ac poteſtate non ſecus, atque ſi ex contractu ſtricto conueniretur.

8. In *l.4.ff.de act.empt.* dicitur, eum, qui rem alienam vendiderit, ſi medio tẽpore, hoc eſt, ante traditionem domino rei hæres extiterit, cogendum eſſe, vt impleat venditionem. Hoc vero quid aliud eſt, quam cogendum eum eſſe, vt rem tradat? Nam etſi domino rei hæres non extitiſſet, tamen ad id, quod emptoris intereſt, obligatus fuiſſet. Cũ igitur rei venditæ dominus factus ſit, non liberabitur, ſi emptori præſtare velit, quanti eius intereſt alienam rem venditam non eſſe, ſed venditorem implere & rem ipſam omnino tradere compelletur.

9. In *l.68 §.vlt.ff. de contrab. empt.* dicitur, ita demum venditoris, rem tradere nolentis, dolum æſtimari, ſi aliquo modo accidat, ne rem ipſam tradere poſſit: ergo poteſt venditor præciſe cogi vt rem tradat, ſi poteſtatem eius tradendæ habeat.

10. Inſuper ſententiam noſtram non parum confirmat *§. alia. Inſtit. de donat.* in quo dicitur: eum, qui promiſit ſe donaturum, ſeu qui ſe donare dixit, neceſſitatem habere traditionis *ad exemplum venditionis*. Ergo venditio neceſſitatem traditionis in ſe habet, & quod idem eſt, venditor neceſſum habet rem tradere. Hinc colligitur, eum cogi præciſe tradere, ſi modo

modo poteſt tradere, vt aduerſus eum, qui tradere poteſt, ad hoc ipſum agatur vt tradat.

11. Denique in venditione & ſtipulatione tradendi, inquiunt, verſatur obligatio dandi & non faciendi, ſiquidem eo contractu agitur vt venditor rem, & emptor det pretium, promiſſor vero det id quod ſtipulatione promiſſum eſt.

Ex hiſce itaq; iuris fundamentis firmiter & indubitate concludendum videtur, ne quidem ex tradendi ſtipulatione, ad tradendum cogi promiſſorem, ſi malit loco rei, id quod intereſt præſtare.

Sed contraria ſententia, quod nempe idem plane in tradendi, quod in faciendi ſtipulatione ſtatuendum ſit, defenditur hiſce argumentis.

1. Ex faciendi obligationibus nemo tenetur præciſe ad faciendum, vt demonſtrauimus alibi, & probat *l.13.ff.de re iudi. l.72.84.& l.112.§.1.ff.de verbor.obligat.* Atqui ſtipulatio rem tradi eſt obligatio faciendi *l.ſtipulationes.72.pr. ff.de verb. oblig.* vbi ſic ICtus ſcribit: *Stipulationes non diuiduntur earum rerum, quæ diuiſionem non recipiunt, veluti via, itineris, actus, aquæductus cæterarumq́, ſeruitutum. Idem puto & ſi quis faciendum quid ſtipulatus ſit, vtputa fundum tradi, vel foſſam fodi, vel inſulam fabricari, vel operas vel quid his ſimile, &c.* Ecce hîc expreſſe *fundum tradi* proponitur exemplum faciendi ſtipulationis. Quocirca, ſicut ex faciendi obligationibus ad faciendum non agitur, ita quoque ex obligationibus tradendi non agetur ad tradendum. Et quanq̃ Ant.Fab. reſpondeat, etſi factum in traditione verſetur, illud tamen factum non eſſe ex illorum genere, quæ, vt quis faciat, cogi non poſſit ſine vi & impreſſione, nec nudum continere factum traditionem, ſed tale factum, quo poſſeſſio transferatur, quod etiam iudicis officio & manu militari extorqueri poteſt. *l.68.ff de rei vindic.*

Veruntamen quod tale factum ſit traditio, quod vi & impreſſione à volente & inuito extorqueri valeat, non concedo, ſiquidem talis vis & impreſſio non minus libertatem ciuis Romani imminueret, quam ſi ad quoduis aliud factum vi cogeretur: Non obſtante *d.l.68.ff.de rei vindic.* Nam loquitur ea *l.68.* de vindicatione, ſiue actione in rem, qua dominus rem ſuam, ab alio poſſeſſam, ſibi reſtitui poſtulat: In hac vero idcirco præciſe ad rei reſtitutionem agitur, quoniam æquiſſimum eſt dominum rem ſuam recipere, nec ea, facto alterius, ſpoliari, aut priuari: vt taceam quod diuerſa ſint *tradere* & *reſtituere*, vt ita quatuor termini in argumento propoſito contineantur.

2. Confirmat deinceps hanc ſententiam noſtram *l. 4. Cod.de act.empt.* vbi ita Impp. Dioclet. & Maximin. *Si traditio rei venditæ, iuxta emptionis contractum procacia venditoris non fiat, quanti inter eſſe compleri emptionem fuerit arbitratus præſes prouinciæ, tantum in condemnationis taxationem deducere curabit.* Nec eludi poteſt vis huius textus ea reſponſione, qua nonnulli reſpondent in *d l 4.* Venditorem cõdemnari in id quod intereſt, quamuis procacia rem non tradat, ſi modo iudex velit; adeoque iudicis arbitrio relinqui, vtrum velit eum, qui tradere promiſit, ad tradendum condemnare.

Nam refellitur hæc reſponſio aperte verbis ipſius textus, quibus dicitur, iudicem DEBERE curare, vt condemnet venditorem in id quod intereſt; vnde relucet hoc ipſum, quod condemnandus eſt ex tradendi obligatione promiſſor ad tradẽdum, nec relinquatur arbitrio iudicis, ſed iuris neceſſitati ſubiiciatur.

3. In *l.ex empto.11.§.idem ait.ff.de act.emp. & l.1.ff.eod.* diſerte affirmatur, quod emptor, ſi rem venditam non tradat, in id quod intereſt conueniatur.

4. In *l.6.C.de hæred.& act.vend* Sed quoniam, inquit Imperator, cõtractus fidem fregit, alienando ſcilicet res hæreditarias,



Digitized by Google

nec eas tradendo, qui tibi hæreditatem vendiderat, ex empto actione conuentus quanti tua intereſt, præſtare cogẽdus eſt. Non, ait Imperator, cogetur vt tradat, ſed dicit, vt præſtet, quanti tua intereſt. Igitur qui tradere promiſit, non ad tradendum, ſed ad intereſſe tenetur.

5. In *l.12.ff.de act.empt.* Celſus ita ſcribit: *Si iactum retis emero & iactare rete piſcator noluit, incertum eius retis æſtimandum eſt. ſi quod extraxerit piſciũ reddere mihi noluerit, id æſtimari debet, quod extraxerit.* vtroq; ergo caſu præciſe & omnimodo non cogitur iactare rete, & tradere captos piſces, quos tamen vendiderat; quique in promptu erant.

6. In *l.17.C.de fidei inſtrum.* Iuſtinianus ſancit, precio ſtatuto, neceſſitatem venditori imponi vel contractum venditoris perficere, vel id quod emptoris intereſt ei perſoluere.

7. In *l.10.C.de act.empt.* venditor carnis, qui, fide rupta, carnem non tradidit, conuenitur in id quod intereſt.

8. Addunt nonnulli & hanc rationem, quod id quod noſtrum eſt, ſine vlla volũtate noſtra non tranſeat, nec res inuito domino auferatur *l.9.§.1.in fine.ff.de iure dot. l.25.§.1.ff.ſolut.mat.§.per traditionem.Inſt.de rerum diuiſ.* At ſi venditor cogeretur rem ſuam inuitus tradere emptori, res domino, hoc eſt, venditori (qui etiam poſt venditionem perfectam, re nondum tradita, dominus manet,) auferret. Quapropter, qui tradere promiſit, cogi nõ põt ad tradẽdũ, ſed pſtatione eiusq; intereſt liberatur.

*Ad primũ* vero contrariæ opinionis argumentum reſpondeo: Initio quidem in obligatione eſſe traditionẽ illamq; deberi, ſed poſtquam lis conteſtata eſt, deſinere in obligatione ac præſtatione eſſe, & per quandam quaſi nouationẽ in obligatione incipere eſſe id quod intereſt *arg.l.84.ff de verb.oblig.* Et confirmatur textu ſatis dilucido in *l.1.ff.de act.empt.pr.* vbi ita ICtus: *Si res vendita non tradatur, in id quod intereſt emptoris, hoc autem interdum precium egreditur, ſi pluris intereſt quam res valet, vel empta eſt.* Et in *l.11.§.2.eod.tit.* cum ICtus ſcripſiſſet, inprimis rem ipſam præſtari debere, hoc eſt, tradere, ſubiicit poſt in *§.9.eiuſd.l.* Non tradentem, quanti intereſt condemnari.

*Ad ſecundum* reſpondeo, in faciendi obligationibus, qualis & hæc eſt, de qua nos loquimur, conuenit quidem de faciendo ſeu tradendo, ſed tamen ita, ſi factum non ſit, quod fieri promiſſum eſt *l.72.ff.de verb. oblig.* Et intelligitur ſatis ex iis, quæ prox. præc. dicta fuerũt. Deinde in faciendi obligationibus promittitur factum quidem verbis, re autem & ſententia contrahentiũ deducitur id quod intereſt creditoris.

*Ad tertium* reſp. Venditorem rem venditam tradere oportere, vt hæc traditio ſit in obligatione, verũ initio, quamdiu tẽp⁹ faciendi nõ tranſierit *d.l.72.* Deinde venditorẽ oportet rẽ tradere, non ſimpliciter & abſolute, ſed ſub cõditione, ſi velit liberari petitione & condẽnatione. Neceſſitas pinde hic intelligitur, nõ abſoluta ſed contingentiũ: Atq; hoc ipſum Paulus in ead. *l.11.§.idẽ ait.* ita interpretatur, vbi ait, non tradentẽ quantum interſit, condemnari.

*Ad quartum* reſpondetur: Id quod dicitur, actionem ex empto eſſe ad hoc vt poſſeſſio emptori tradatur, ſic accipiendum eſt, vt actio hæc non ſit rectà, ſed oblique ac per conſequentiam: quia actio ex empto eſt in id quod intereſt, ſi res vendita non tradatur, & hoc recta *d.l.1.prin.de act. empt.* ſed in conſequentiam metu huius præſtationis conſequitur emptor vt res vẽdita ſibi tradatur: Venditor enim hanc præſtationem metuens, cogetur rem tradere per conſequentiam huius metus, non recta, cum actio directa ſit in id quod intereſt, vbi res vendita non traditur.

*Ad quintum* reſpondetur iudicem in *d.l. fin.C.de fideicom.libert.* reprehendi qui reũ cõdemnauerat in litis æſtimationem, qui cõdemnandus fuerit, vt ſeruum legatum liber-

libertatis imponendæ gratia legatario daret. Libertas autem à nomine, niſi domino datur, itaq; in propoſita facti ſpecie nõ tenebatur, nec obligatus erat hæres ad faciendum, ſed dandum: Atque ita ad præſentem quæſtionem non pertinet, ꝙ de faciendi obligatione adductum eſt.

*Ad ſextum* reſpondetur; ad probationem aſſumptionis, venditori aut cuiuis alii debitori, ad tradendum aut faciendũ obligato, nequaquam dari electionẽ ſoluendi intereſſe, vel tradendi: Sed debitorem teneri præciſe ad intereſſe. *l.84.ff.de verb.oblig.* Et ſatis in ſuperioribus oſtenſum eſt poſt litem conteſtatam non amplius in obligatione aut præſtatione eſſe factum. Quod autem Anton.Fab. de ſtipulatione fundum dari, ait, ex ea præciſe cogi debitorem ad dandum, neq; ei concedi optionem: Verum quidem eſt, ſed tamen impertinẽter huc adducitur, ſiquidem nobis hoc loco diſputatio non eſt de dandi, ſed de tradendi obligationibus, & notum alias eſt, ex dandi obligationibus ad dandum aliquem teneri; ex eo tamen non recte colligitur, idem & in faciendi obligationibus obtinere: Nam differentiam inter dandi & faciendi obligationes, quoad noſtrum propoſitum, paulo ſupra oſtendimus: Neque vero, quia ſtipulatio ſtricti iuris eſt, ideo intereſſe ex ea peti nequit: Nam referre puto, vtrum intereſſe præſtetur vt acceſſio, an vice rei principalis; priori caſu ante litem conteſtatam nõ debetur, poſteriori vero quouis tempore ex ſtipulatione faciendi debetur.

*Ad ſeptimum* reſpondetur, illud non ſolum nulla ratione ſuffultum eſſe, ſed inſuper etiam rationi & iuri recta aduerſari: Quis enim vnquam legit, cum duo alternatiue debentur, electionem eſſe creditoris; quod enim debitoris ſit, legitur in *l.plerumq;.10.in fine.ff.de iure dot.l.2.§. Scæuola.ff.quod certo loco.* Præterea negatum antea fuit, ex tradendi obligatione alternatiue deberi rem, & factum, vt alterutrum peti poſſit, & contrarium euidentiſſimis argumentis oſtenſum eſt.

*Ad octauũ* reſp, non ſequi, venditor cogendus eſt implere contractum: ergo cogendus eſt ad rem ipſam tradendam; ſiquidem & tum reuera contractum adimplet, quãdo intereſſe præſtat *l.1.pr.ff.de act.empt.* At, inquis, intereſſe præſtare coactus fuiſſet emptori, etiamſi dominus rei factus non fuiſſet: Id enim verum quidem eſt, non tamen ex eo recte infertur, poſteaquam iam dominus factus ſit, cogendũ eſſe ad rem ipſam tradendam: Nam cur in *d.l 46.* nominatim hæc conditio exprimatur, ſi medio tempore dominus factus ſit, hoc ideo factum eſſe coniicio, quia dubitari poterat, vtrum etiam venditor, iam rei venditæ dominus factus, teneatur venditionẽ implere. Ratio dubitandi erat, ꝙ ſucceſſerit rei domino: ſicut autem dominus non tenebatur emptori, ita videri poterat nec venditor, qui in domini locũ & ius ſucceſſerat, teneri: Sed tñ, hac non attenta ratione, reſpondetur, venditorẽ nihilominus teneri contractum adimplere, ꝙ fieri diximus, ſi id ꝙ intereſt præſtetur.

*Ad 9.* reſp. Argumentum iſtud à contrario ſenſu eſſe deductum, ꝙ non valet, vbi leges ſunt in contrarium, vt in ꝓpoſita q̃ſtione plurimæ leges, ſupra adductæ, contrariam ſententiam valide confirmant.

*Ad 10.* reſp. Donellus ex *d.§.alia l.de donat.* duabus de cauſis non recte ſic inferri. 1. Quia in *l.ex empt.ff.de act.emp.pr.* dicitur, vẽditorem oportere rem præſtare, id eſt, tradere, quod nihil aliud eſt, q̃ vẽditorem neceſſum habere rem tradere: Et tñ eadẽ in lege ſubiicit Paulus; venditorẽ non tradentem, in id ꝙ intereſt condemnari. Nõ pugnant igitur hæc, neceſſum habere tradere, & nihilominus in id ꝙ intereſt condemnari. Deinde reſp. in *l.prat.§.vl l.ſi quis ex argentarijs in pr.ff.de eden.* dicitur, argẽtarios cogi rationes ſuas edere. Item cõpelli eos ad edẽdũ, & tñ eodẽ titulo conſtanter traditur, ſi nõ edant nõ idcirco cogi p̃ciſe



Digitized by Google

edere, quantumuis rationes apud ſe habeant, ſed actionem eſſe in id quod intereſt *l.ſi quis ex argentar. §. Ex hoc edicto. l.vlti. ff. de edend.* Ergo venditor non abſoluta neceſſitate tenetur ad tradendum, ſed neceſſitate ex hypotheſi, niſi velit in id quod intereſt condemnari.

Ad poſtremum reſpondetur negando ex venditione obligatum eſſe venditorem ad rem dandam, hoc eſt, dominium rei transferendum, cum ſufficiat tradidiſſe poſſeſſionem rei.

*Lit. T. Qu. 8. An in contractu emptionis venditionis circumuentio ſit licita?*

Cæterum ſicut venditor mercem venditam emptori, ita emptor precium venditori præſtare tenetur *l.13. §. offerri. ff. de act. empt.* Circa precium autem licitum eſſe contrahentibus naturaliter ſeſe circumuenire cum Pomponio ICto ſtatuit Vlpianus in *l.16. §.3. ff. de minorib.* Id quod, Interprete Donello hanc ſententiam habet; Licere quod minoris eſt, pluris vendere & quod pluris eſt minoris emere, dummodo ad eam rem nulla machinatio, ſeu nullus dolus adhibeatur, & ita licere, vt quamuis minus ſit precium aut maius, quam oportet, tamen non liceat ob eam cauſam venditionem reſcindere, inuito alterutro.

Sed vtrum hoc etiam charitati proximi & diuino iuri conuenit, maxime dubitari poſſet: præceptum ſiquidem eſt diuinum, proximi bona appetenda non eſſe *Deuter. 5.* At vero ſi permitteretur proximum in emptionis-venditionis cõtractu circumuenire, vtique ipſi facultas daretur appetendi proximi bona.

Nec ad rem facit quod aiunt quod hoc ſit votum emptionis-venditionis contractum ineuntium vt emptor minori emat, venditor vero maiori pretio vendat: Hoc enim votum dilectioni proximi, qua quiſque ſuum proximum diligere debet vt ſe ipſum, & præcepto Dei è diametro repugnat.

Non minus etiam aduerſatur præcepto Apoſtoli prohibentis ne frater fratrẽ in commercio & negotiatione circumueniat.

Quanquam igitur ſententia Pomponij *in d. l. 18. §. 3. ff. de minoribus.* politica quadam & ciuili ratione defendi queat; difficile tamen eſt, cum diuinis legibus & Decalogi præceptis eam concordare & conciliare.

Et ſane Iohannes Imbertus IC. Gallus celeberrimus non ſine ratione circumuentionem iſtam improbaſſe videtur velut æquitati Iurique diuino contrariam: quantumuis eum Antonius Faber *decad. 9. Error. pragmat. 1.* hoc nomine reprehendat. Ego in ea ſum opinione ICtos noſtros hactenus ſaltem circumuentionem iſtam admittere, vt contractus propterea reſcindi non debeat, quamdiu ſcilicet vterque contrahens læſionem & circumuentionem ignorat: quod ſi circumuenienti de læſione conſtare incipit puto contractum reſcindi vel actorem ex huiuſmodi contractu agentem doli exceptione ſubmoueri poſſe, quia, etſi ab initio in dolo non fuerit, qui alterum in pretio ignorans circumuenit, ſi tamen poſtea, circumuentione cognitâ, agere ex contractu perrexerit, incipit ex eo tempore in dolo eſſe; Id quod aperte cauetur *l. ſi quis cum aliter. ff. de verbor. obligat.* quo in loco ita ICtus ſcribit: *Si quis cum aliter eum conueniſſet obligari, alter per machinationem obligatus eſt, erit quidem ſubtilitate iuris obſtrictus, ſed doli exceptione vti poteſt, quia enim per doli exceptionem obligatus eſt, competit ei exceptio: Idem eſt etſi nullus dolus interceſſit ſtipulantis, ſed ipſa res in ſe dolum habet; cum enim quis petat ex iſta ſtipulatione hoc ipſo dolo facit, quod petit.*

Nec puto ſaluâ conſcientia circumuenientem in contractu emptionis alterum poſſe, deprehenſa & cognita iſtâ circumuentione, bonâ conſcientia & ſaluo præcepto Dei, ſupra allegato, id, quod ex circumuentione iſta lucratus eſt retinere; Atq; in hoc puncto LL. ciuiles vt & alias

ſemper

Digitized by Google

ſemper ſeſe diuinis legibus accommodare debent.

*Eit.E.* Et ita contractus emptionis-venditionis mutuo contrahentium conſenſu de re vendita, ſiue mercedeque precio, perficitur; completur vero & conſummatur pretij ſolutione ex parte emptoris, & rei traditione, ex parte venditoris. Iter vero prius contractum adimplere teneatur, quæſtionis eſt? Et verius eſt eum teneri prius contractum emptionis adimplere, qui prior ex contractu agit: Et ratio eſt, quia alias agenti obſtabit exceptio: Vnde ſi prius ad rem tradendam egerit emptor, precium ſoluere debet: Et non prius agendi facultatem competere emptori, quam ex ſua parte contractum adimpleuerit & precium ſoluerit, ſtatuit Weſenbec. *in paratitl. Dig. de act. empt. n. 6.* Quod & rationem habere æquiſſimam videtur; qua enim fronte petet ſibi adimpleri à venditore contractum & precium ſolvi, cum nec ipſe ſua ex parte contractui ſatisfecerit *l. 33. ff. de ſolut.* Et hoc ipſum amplius in *l. 13. §. offerri. ff. de act. empt.* Vlpianus claris verbis aſſerere videtur, *offerri,* inquiens *precium ab emptore debet, cum ex empto agitur & ideo etſi precii partem offerat, nondum eſt ex empto actio; venditor enim quaſi pignus retinere poteſt eam rem, quam vendidit.*

Cæterum hæc ſententia ita accipienda mihi videtur, non quod ipſo iure agere emptor impediatur, non ſoluto precio, ſed quod agere quidem poſſit ante precii oblationem vel ſolutionem, ſed actio iſta per exceptionem repellatur: adeoq; pretium offerri debet non ad hoc vt actio naſcatur, ſed vt actio efficax naſcatur, quæ exceptione elidi nequeat. Et hunc eſſe ſenſum *d. l. 13. §. offerri. ff. de act. empt.* paulo ſupra oſtenſum fuit.

Qu. 9. *Si vēditor non petierit nec vr-ſerit pre-* Quid igitur dicendum ſi venditor non petierit pretium ſibi ſolui, anne admittetur emptor de re vendita agens, an vero actione ſua à limine iudicij repelletur? Repelli ipſum debere, ſtatuit noſter Autor, ideo quia in *dict. l. 13. §. offerri. ff. de act. empt.* vbi expreſſe dicitur offerri precium ab emptore debere, cum ex empto agitur: vtitur ICtus verbo *oportet* quod neceſſitatem importat & hoc vult, ad hoc, vt ex empto agi poſſit neceſſariam eſſe precij oblationem: Vnde ſequi videtur; ſi oblatum precium non fuerit, deficere actionem empti. *cij ſolutionē an audiri debeat emptor rē ſibi tradi petens?*

2. Deinde ſubijcit ICtus, ſi pretij partem duntaxat offerat non eſſe ex empto actionem: proinde etſi venditor precij ſolutionem non vrſerit nec exegerit ab emptore, non tamen agere poterit, actione deficiente qua experiatur.

Sed tamen mihi hæc opinio nunquam placere potuit: *Tum* quia contractus emptionis ſolo conſenſu perfici dicitur & perfectus etiam reputatur, quamuis precium ſolutum non fuerit *pr. & §. 3. ff. de contrahend. empt.* perfectus autem contractus parit obligationem & mediante obligatione, actionem, qua quiſq; debitore ſuo inuito, agat & ius ſuum conſequatur, ſaluis tamen debitori exceptionibus *§. 1. & §. fin. I. de obligat. §. 1. I. de act.* & alias quoq; notiſſima eſt philoſophorū regula quod, poſitâ cauſa perfecta, ponatur etiam effectus: Nec exceptio actionem naſci impedit, ſed natura duntaxat elidit & excludit *l. 1. & tot. tit. Dig. de Except. pr. I. eod.* Quocirca emptor pretium non offerens, ſiue oblationem petierit venditor, ſiue non, agere poteſt, ſed ita vt à venditore per exceptionem repelletur.

Nec me mouet prius argumentum ex *d. l. 13. §. offerri.* deſumptum, quod videlicet offerri precium oporteat vt ex empto actio naſcatur: Intelligendus eſt enim textus iſte de actione ex empto efficaci & plane valida, quæ exceptione elidi & excludi nequeat, vt ratio à nobis modo adducta perſpicue demonſtrat.

Idem etiam de ſecundo argumento reſponderi debet: Quocirca ſi venditor iure ſuo vſus non fuerit, nec exceptione vē-

eum ambiguæ & obſcuræ conuentionis interpretationem eſſe faciendam, qui legem contractui dixit, eamque apertionem dicere potuit *dict. leg. veteribus Digeſt. de pact. l. 21. & 33. Digeſt. de contrahend. emption.* ſiue is venditor, ſiue emptor fuerit. Cùm itaque in caſu *dict. leg. 34. Digeſt. de contrahend. empt.* emptor pactum de Sticho ſeruo vna cum fundo ſibi dando adiecerit, idcirco æquum eſt, ambiguitatem iſtius pacti, cuius legem potuiſſet dicere aptiorem, ipſi, & non venditori nocere, nec eum à venditore Stichum deberi quem emptor, ſed quem venditor elegerit.

Cæteroquin, ſi venditor legem contractui dicat, vt plerunque facere ſolet, ambiguitas pacti ipſi & non emptori nocebit. Et cum regulariter emptoris contractui legem venditor dicat, ideo etiam quibuſdam in legibus abſolutè dicitur, venditori ambiguitatem nocere, vt in *l. 172. de reg. iur.*

Aliter paulo adductam *l. 34.* interpretatur Vdalricus Zaſius in *l. 38. de verbor. obligat. paragraph. 10.* Ait enim, ſi vterque contrahens obſcurè & confusè pactum conceperit, ita vt iudex poſſit pro illo, vel pro altero interpretari, tunc fieri interpretationem contra eum, qui conuentione nititur, quique fundat ſuam intentionem in conuentione; idque ideo, quia is, qui ſuam intentionem fundat in verbis obſcuris, nihil habet, quod probet propter obſcuritatem, ideo merito propter eum fiat interpretatio. Quapropter cum in caſu obiectæ legis 34. emptor principaliter egerit & ſuam intentionem fundarit in certum Stichum & non potuerit probare, ideo, inquit Zaſius, contra eum pro venditore interpretationem factam eſſe.

Ex his proinde relucet, falſum eſſe, quod in *d. l. 34.* venditor pro emptore dicatur.

Inſuper, quod vendere pro emere, venditor pro emptor aliquando dicatur, probare conantur ex *l. qui fundum. 7. §. qui bona. in verb. quare etſi eo tempore redhibeatur homo quo ſcit alienum eſſe, vſucapio non continget quamuis, antequam vende rt, in ea cauſa fuerit vt vſucaperet. Digeſt. pro emptore.*

Ecce hic emptor proponitur vendidiſſe: ergo venditor pro emptore dicitur.

Sed rectè adhoc reſpondet Iacobus Cuiacius, in hoc præſenti textu non eum, qui eſt venditor hominis emptorẽ dici, quaſi ſit emptor pretii, ſed eum, qui emptor eſt hominis, venditorem dici eo quod ipſe eundem hominem poſtea alii rurſus vendiderit: nec ſanè abſurdum eſt reſpectu diuerſorum diuerſis è contractibus eundem & emptorem & venditorem appellitari.

Conſimiliter ſententiæ noſtræ non obſtat locus à Iohanne Roberto è Plauti Trinummo allegatus, vbi, cum Staſimus ſeruus hæc primum propoſuiſſet:

*Si quis mutuum quid dederit, fit proprio perditum:*
*Cum iam repetas, inimicum amicum beneficio inuenis tuo:*
*Si mage exigere cupias, duarum rerum exoritur optio,*
*Vel illud, quod credideris, perdas, vel illum amicum amiſeris.*

Paulo poſt in eandem ſententiam ſubiicit: *Nam ego talentum mutuum, quod dederam, talento inimicum mihi emi, amicum vendidi.* Vnde rurſus colligit Robertus emptorem aliquando venditorem & vice verſa vocari.

Hoc, inquam, non obſtat, dupliciter enim reſpondet Cuiacius 1. In præſenti loco non eundem emptum & venditum dici, ſed alium emptum, alium venditum, emptum inimicum, venditum amicum.

2. Sæpe

2. Sæpe in iure actionem ex empto dici ex vendito, quandoque, & contra Κατ' ἔκλειψιν, qua integra appellatio ſit actio ex empto vendito, vel ex vendito-empto *l. multum. Digeſt. de heredit. vel act. vendit. l. & ſi vno. Digeſt. de act. empt.* ſicut actio ex locato-conducto & ex conducto-locato *l. vlt. §. 1. Digeſt. ad L. Rhod. de iact.*

Porro quod emere pro vendere dicatur euincere conantur *l. vnic. C. ſi ſeru. ext.* Sed & hic idem, quod ad præcedentem obiectionem, reſpondendum eſt, nempe emere pro toto contractu emptionis-vẽditionis Κατ' ἔκλειψιν poni.

Eadem reſponſio eſt ad *l. 13. §. 23. Dig. de act. empt.* vbi dicitur emptor ex vendito agere: itemque ad *l. 26. Digeſt. de euict.* vbi emptor ex vendito actionem habere dicitur, quod nempe ibi actio ex vendito per ἔκλειψιν pro actione ex empto-vendito dicatur.

His proinde obſtaculis remotis, perſpicuum eſſe opinor, vocabula iſta emere vendere, emptor venditor emptio vẽditio nunquam in iure confundi, ſed vbiuis accurate diſcerni.

*Lit. B, & C. Qu. 2. An emptionis nomẽ generaliter pro quauis ſpecie alienationis vſurpetur?*

Emptionem porro venditionem, ad legem duodecim tabularum relatam omnem alienationis ſpeciem complecti, ait Autor noſter & teſtatur id ipſum quoque textus in *l. 29. circa finem Digeſt. de ſtatulib.* vbi Pomponius ait, Legem 12. Tabb. omnem alienationem complexam videri; hoc vero ideo, quia veteres contractus ſuos & actus, quos firmiores eſſe cupiebant, per emptionem-venditionem, vel veram imaginariam celebrare ſolebant, vt probant exempla Emancipationis *§. præterea. Inſtit. quibus mod. ius patr. pot. ſoluit.* & teſtamenti per æs & libram *pr. Inſtit. de ordin. teſtament.* Cæterum, an & hodie, in vſu iuris noſtri, nomen emptionis ita late pateat vt quæuis alienationes comprehendat, dubio non caret? pro Affirmatiua militant Iohannes Coraſius *lib. 3. Miſcell. capit. 3. numer. 4.* Fab de Monte *in tractat. de empt. quæſt. 2. num. 1. & ſeqq.* Tyraquell. *de retract. ligna. §. 1. gloſ. 2. in princip.* Petr. Heig. ad *pr. Inſtit. de empt. numer. 2.* Robertus *lib. 1. animaduerſ. capit. 1.* Mouentur autem hi primo per textum in *dict. leg. 29. in fine Digeſt. de ſtatulib.* vbi ex L. 12. tabb. emptio dicitur omnem alienationem complecti.

2. Idem etiam confirmari putant *l. ſicut. §. venditionis. Digeſt. quib. mod. pign. vel hypothec. ſoluit.* vbi Marcianus, *venditionis*, ait, *appellationem generaliter accipere debemus, vt etſi legare permiſit valeat, quod conceſſit, quod ita intelligemus, vt etſi legatum repudiatum fuerit, conualeſcat pignus.*

3. Et hoc ipſum quoque huius calculo ſuo comprobare videtur in *l. 9. §. 1. ff. de pignorib. quod emptionem venditionemque,* inquiens, *recipit, etiam pignorationem recipere intelligitur.*

4. Et quod donatio quoque venditionis verbo comprehendatur, relucet ex *l. vſumfr. Digeſt. de liberali cauſa. l. 1. Cod. ſi mancip. ita fuerit alienat. l. mancipia Digeſt. qui ſine manum. ad libert. peruen.* quibus in legibus, quod ius de venditione ſtatuit, idem quoque de donat. & legato aſſeritur. Hoc autem ſine dubio non alia de cauſa, quam quia venditionis nomen ita late patet, vt ſub ſe donationem quoque complectatur.

Concludunt igitur ex modo adductis fundamentis ſupra allegati Interpp. quod nomen emptionis-venditionis ad omnem alienationem & contractum, & hodie ex vſu iuris noſtri recte referatur. Quod tamen Coraſius tunc fallere dicit quando ratio diuerſitatis aliud ſuadet.

Veruntamen ab hac ſententia recte diuortium faciunt Iacobus Cuiacius *in*

ritate rationis, eo quod ratio, ob quam aliquid in emptione-venditione ſtatutum eſt, in aliis etiam contractibus obtineat: ſtatuta proinde & leges, de emptione-venditione loquentia, ad alios referuntur contractus per extenſionem, non quæ fit vi verbi, ſed quæ fit ex parietate rationis. Pinellus *dict. loco.*

Quocirca hodie emptio-venditio pro certa contractus ſpecie, diſtincta à cæteris contractibus re & nomine, accipi, planum & perſpicuum eſſe opinor.

Lit. D. Eſt porro emptio venditio contractus antiquiſſimus originem trahens à permutationis contractu prout docet Paulus in *l. 1. Digeſt. de contrahend. empt.* Quanquam vero etiamnum hodie permutationis contractus cum emptione in quibuſdam magnam habeat conuenientiam, ab ea tamen rurſus in aliis plurimum differre deprehenditur, prout à me oſtenſum fuit in *diſputat. vlt. quæſt. 4. volum. prior.* Sententiam certe Alciati in *L. 2. Digeſt. de verb. obligat.* negantis perpetuam & conſtantem differentiam inter emptionem-venditionem ac permutationem dari poſſe, ſolide & admodum perſpicue refellit *L. 1. Digeſt. de permut.* vt prolixiori refutatione opus eſſe non videbatur; quamuis etiam Alciatus hoc diſerte non ſtatuat.

Qu. 3. *An emtio-venditio ſit ex iure gentiũ?*

Illud veriſſimum videtur quod hic Autor noſter ſcribit & communi Dd. calculo approbatum eſt, emptionem-venditionem ex iuregentium deſcendere; hoc quippe probat *L. 1. §. fin. Digeſt. de contrahend. empt.* vbi Paulus *eſt autem,* inquit, *emptio iurisgentium, & ideo conſenſu peragitur & inter abſentes contrahi poteſt & per nuncium & per literas.*

2. In *l. ex hoc iure. ff. de iuſtit. & iure* emptio contractibus, iuregentium introductis, accenſetur.

3. Et in *l. 7. pr. Digeſt. de pact.* conuentionibus iurisgentium expreſſe annumeratur.

4. Et in *§. 2. Inſtit. de iuſtic. & iure* quoad originem ad ius gentium refertur emptio venditio: vt ita propter tot apertos textus nulla fere dubitatio eſſe poſſit quin emptio & venditio contractus ſit ex iuregentium originem trahens.

Sed tamen exiſtunt nonnulli haut poſtremi nominis Iuriſconſulti, quibus videtur emptio-venditio quoad quid, reſpectu videlicet pretij, eſſe iuris ciuilis: quam ſententiam probari hac ratione conantur: quicunque contractus partem ſubſtantialem habet, ex iure ciuili deſcendentem, ille contractus iuri ciuili adſcribitur *arg. L. ius ciuile Digeſt. de iuſt. & iure.* vbi dicitur, quod quotiens iuri communi aliquid additur vel detrahitur, totiens efficiatur ius ciuile: Iam vero pretium, quod abſque dubio pars ſubſtantialis eſt emptionis venditionis *l. 72. Digeſt. de contrahend. empt.* ex iure ciuili deſcendit, quatenus nempe pecunia numerata conſtare debet, quandoquidem pecunia ſeu nummus ſignatus primis hominibus primaque ætate nullatenus fuit, vt tradunt Plinius *lib. 33. cap. 1. & cap. 3.* Budæus in *l. 1. de contrahend. empt.* & innuit Iuriſconſultus Paulus in *l. 1. Digeſt. de contrahend. empt.* atque ideo ex iuregentium, quod cum genere humano proditum eſſe dicitur *l. 1. Digeſt. de acquir. rer. dom. §. ſingulorum. Inſtit. de Rer. diuiſ.* nummus ſignatus, ſiue pecunia, originem habere non poteſt; conſequenter emptio-venditio parte ſubſtantiali, ex iure ciuili promanante, conſtans, non erit mere iuris gentium, ſed ciuili iuri adſcribi debebit.

2. Iuuat hanc etiam ſententiam quod qualis eſt cauſa, tale etiam debeat eſſe cauſatum; & vice verſa, obligatio autem, ex contractu emptionis-venditionis deſcendens, ſit iuris ci-



Digitized by Google

mus, ſiquidem ædificator requirit materiam, vt ædificet. Ac proinde, licet emptio, quæ actionis & obligationis empti cauſa efficiens eſt, perficiatur conſenſu, tamen niſi & pretii ſolutio accedat, non naſci actionem empti nec effectum produci.

Veruntamen, quod axioma illud veriſſimum ſit, quod cauſa perfecta perfectũ producat effectũ, omnes teſtantur philoſophi. Nec infringitur per exempla in cõtrarium adducta. Nam ædificator ſolus non eſt cauſa perfecta, nec in actu poſita, cum ſufficienti materia inſtructus non eſt. At nos hic de ſufficiente loquimur & perfecta cauſa. Deinde conſenſus non eſt cauſa efficiens emptionis venditionis, aut alterius alicuius contractus, ſed potius materia ex qua, prout haut obſcure ſignificat ICtus in *l.1.§ 3.ff.de pact.* in qua ita ſcribit: adeo autem conuentionis nomen generale eſt, vt recte dicat Pedius; nullum eſſe contractum, nullam obligationem, quæ in ſe conuentionem non habeat, ſiue re, ſiue verbis fiat. Quod ſi itaque conuentio ſeu mutuus conſenſus eſt in contractu, ſequitur non eſſe cauſam efficientem, vt quæ non ſit interna cauſa, ſed externa, nec vnquam eſſentiã contractus ingrediatur. Cauſa igitur efficiens proxima ſint ipſi contrahentes, emptor & venditor, materia vero eſt cõſenſus. Proinde ſi adſit emptor & venditor, & hi conſentiant, negari non poteſt, quin adſit cauſa emptionis venditionis perfecta atque in actu poſita, & conſequenter effectus neceſſarii ſequatur.

Quapropter ad *§.offerri.d.l.13.* ſic puto reſpondendum eſſe: emptionem venditionem, quamprimum de conſenſu conſtat, actionem producere, ſed illam actionem ab emptore ante pretii oblationem intentatam, exceptione à venditore elidi: inique ſiquidem petere videtur emptor rem ſibi venditam tradi, ac contractum non adimpleuit, nec pretium ſoluit: quocirca *in d.l.13. §. offerri ff.de act.empt.* offerri pretium decet, nõ ad hoc, vt actio ex empto naſcatur, ſed vt actio ex empto efficax naſcatur, quæ nulla exceptione elidi aut euerti queat: cum paria videantur non habere actionem, & actionem habere, quæ exceptione elidatur & euertatur.

Et hanc ſolutionem expreſſe confirmat Imperator in *§.aliæ, Inſt.de donat.* vbi ita ſcribit: aliæ autem donationes ſunt, quæ ſine vlla mortis cogitatione fiunt; quas inter vivos appellamus, quæ nõ omnino comparantur legatis, quæ ſi fuerin- perfectæ, temere reuocari non poſſunt; perficiuntur autẽ cum donator ſuam voluntatem ſcriptis, aut ſine ſcriptis manifeſtauerit, & ad exemplum venditionis noſtræ conſtitutio eas etiã in ſe habere neceſſitate traditionis voluit, vt etiamſi non tradantur, habeant pleniſſimum & perfectũ robur & traditionis neceſſitas incumbat donatori.

Hic Iuſtinianus aſſerit donationes inter viuos ad exemplum emptionis venditionis nuda perfici voluntate, & ante rei traditionem pleniſſimũ habere & perfectum robur; & neceſſitatẽ traditionis incumbere donatori. Quapropter & emptio venditio nuda perficitur voluntate, & ante traditionẽ rei perfectiſſimũ habet robur, ſic, vt neceſſitas tradendi (quæ in ſola actione conſiſtit) incumbat venditori.

Non refragatur præterea ſuperiori aſſertioni noſtræ, *l.2.C.de periculo & commodo rei vendita.* in qua ita Alex. cum conuenir, vt ſingulæ amphoræ vini certo pretio veniant; antequam tradatur, imperfecta etiam tunc venditio periculum vini mutari emptoris, qui moram menſuræ non faciendæ non interpoſuit, non fuit.

Hic imperfecta dicitur emptio venditio vini ante traditionem & ad menſurationem vini, proinde ſolo conſenſu emptio venditio non perficitur.

*ſi dictum fuerit volo emere hanc rem 100 florenis, volo vendere?*

Nicolaus Mozzius de *empt. vẽdit. columm. 3. n. 46. & ſeq.* negatiuã defendit quia ſicut is qui dicit volo donare non cenſetur donaſſe *l. ſicut. §. ſi voluntate in verb.* non eſt ſatis ad repellendũ creditorẽ quod voluit. *& cap. penult. de reg.* tranſeunt *ad religionem* vbi aliud eſt profiteri religionem & aliud vovere de profitendo. Ita quoq; aliud eſt emere-vendere, & aliud dicere volo emere, volo vendere.

2. Deinde ſicut cũ dico, volo aſcẽdere arborẽ, nõ aſcendo; ita etiã cũ dico volo emere, vel volo vendere, nõ emo, nõ vẽdo.

Sed Accurſius in contraria eſt ſententia & ſtatuit ex talibus verbis emptionẽ venditionem perfectam præſumi debere.

Primo enim, ait Accurſius, hiſce verbis legatũ & fideicõmiſſum relinqui poſſunt, *§. fin. I. de ſing. reb. per fideicom. relict.* Igitur iiſdem emptio quoq; contrahi valet. Nicolaus Mozzius in loco ſupra citato reſpondet hoc ſingulare eſſe in vltimis voluntatibus, in contractibus vero locum non habere; verum ſingularitati auius rationem nullam adducit Mozzius.

Accedit huic & iſta ratio quod in dubio ſemper pro eo quod fortius, quod firmius & quod validius eſt, præſumptio fiat *arg. l. 7. §. 11. ff. de pact.* iam vero fortior eſt & validior cõtractus emptionis & vẽditionis, quã pactum nudũ de emptione vẽditione contrahẽda, cũ illa actionem efficacem atq; ciuilem obligationẽ pariat hoc vero non item *l. 7. §. 4. & §. 7. ff. de pact.*

3. Adde, quod in tali pacto vniuerſa adſint emptionis-venditionis ſubſtantialia: conſenſus res & pretium; conſenſus præſens, & talis conſenſus, per quẽ & merx deſignata & pretium definitum fuit: vniuerſis autem rei alicuius ſubſtantialibus poſitis, ipſam rem poni neceſſum eſt.

4. Ait Iuſtinianus in *pr. I. de empt. vendit.* quod emptio-vẽditio ſit contracta ſimulatq; de pretio cõuenerit: id quod denuo inculcat in *§. 3. eod. tit.* in propoſito autẽ de pretio conuenit: igitur emptio venditio eſt contracta.

Non moueor rationibus Nicolai Mozzii: nam cur nõ cenſeatur donatio his verbis perfecta *volo donare.* ratio hæc eſt, quod olim donatio nõ fuerit nudo cõſenſu perfecta, ſed ad eã perficiendã opus fuerit traditione *l. 1. ff. de donat.* quod enim hodie nuda vtriuſq; dantis & accipiẽtis voluntate perficitur, hoc primũ Iuſtiniani noua lege effectũ eſt *l. ſi quis argentum. de donat. §. 2. I. eod.* quia itaq; ſolo conſenſu nõ perficitur donatio de iure veteri, de quo intelligi debet lex à Mozzio allegata, ideo nudis & ſolis iſtis verbis, *volo donare*, donatio perfecta non præſumitur, cũ pars eius ſubſtãtialis, nẽpe traditio deficiat, ſecus eſt in emptione quæ ſolo & nudo conſenſu de re & pretio perficitur.

Sic etiam ſecundum argumentum non vrget: nam vt quis arborẽ aſcendiſſe vel aliud quippiam feciſſe dicatur non ſufficit conſenſus, & voluntas illud perficiendi, ſed factum etiam requiritur.

*Lit. C. Qu. 7. An præciſe ad tradendum teneatur venditor, an præſtatione intereſſe liberetur?*

Res vẽdita, ſiue merx, vẽditione perfecta, emptori tradenda eſt ad eamq; tradendã ipſi venditor obligatur: ſed vtrum præciſe ad tradẽdũ teneatur vẽditor, an vero, ſi malit intereſſe præſtare; & tantũ ſoluere pecuniæ emptori, quanti eius intereſt traditã fuiſſe rem ipſam venditã liberetur venditor à præſtatione & traditione rei valde controuerſum eſt? pleriq; n. ſtatuũt ꝙ ex tradendi obligatione promiſſor ad tradẽdũ obligetur, nec eius ꝙ intereſt præſtatione liberetur. Pro qua ſententia hæc facere videntur argumẽta.

1. Ad hoc, inquiũt, quisq; cõueniri poteſt, ꝙ debet & ad ꝙ obſtrictus & obligatus eſt *pr. I. de act.* atqui ex ſtipulatione tradẽdi nõ debetur intereſſe, ſed traditio. Igitur ex tradendi obligatione non poterit præciſe ad tradendum agi. 2. Præterea nulla ex cõtractu obligatio eſt, niſi de eo, de quo cõuenit inter cõtrahẽtes: at in re vẽdita aperte de re tradẽda cõuenit nam ad hoc res emitur, vt in emptorẽ trãsferatur: de eo autem quod intereſt, nihil cõuenit: igitur ex tradẽdi obligatione [illegible]

Digitized by Google

intereſſe,ſed ad ipſam rem tradendam agitur.

3. In *l.11.ff.de act.empt.§.2.* diſerte ſcriptum eſt, imprimis ipſam rem præſtare venditorem oportere, hoc eſt, tradere, quæ res, ſiquidem dominus fuit venditor,faciat emptorem dominum: ſin minus,tantum euictionis nomine venditorem obliget,ſi modo precium eſt numeratum,aut eo nomine ſatisfactum.

4. In eadem *l.11.§.venditorem.* dicitur, actionem ex empto emptori eſſe ad hoc,vt poſſeſſio ei tradatur: non eſt ergo ex empto in id quod intereſt, aut certe, etiam poſtquam res vendita tradita non eſt, nihilominus hoc etiam in obligatione eſt, vt res tradatur.

5. In *l.fin.C.de fideicom.libert.* iudex reprehenditur, qui debitorem ſerui non ad tradendum, ſed ad litis æſtimationem condemnarat. Vnde ſequitur, quod qui tradere promiſit,non ad tradendum præciſe,ſed ad intereſſe teneatur.

6. Præterea ſic inferunt: non debet melior eſſe conditio eius, qui ex venditione,bonæ fidei contractu,quam qui ex ſtipulatione, aut alio ex contractu ſtricti iuris conuenitur: iam melior efficeretur conditio venditoris, quam eius, qui ex ſtipulatione conuenitur, ſi venditor non præiſce ad tradendum teneretur,ſed oblatione intereſſe liberaretur, quia melior eſt conditio eius, qui electionem habet ex pluribus rebus, vtram præſtare malit,quam eius,qui certæ rei præſtandæ omnino obſtrictus eſt. Et autem,qui ſtipulanti fundum dare promiſit, nemo facile tribuerit electionem & poteſtatem ſoluendi vtram malit, fundum, an vero intereſſe: ſiquidem fundum ipſum dare debet ac præſtare, vt eius dominium ſtipulatoris omnimodo efficiatur *l.75.§.vlt. de verb.obligat.* & ſtipulatio ſtricti iuris eſt, non admittens præſtationem eius quod intereſt, quod tantum ex bona fide præſtatur: ergo nec venditori ſeu ei, qui ex bonæ fidei iudicio conuenitur, permittenda eſt hæc electio,vt vel intereſſe, vel rem ipſam præſtare poſſit.

7. Ex bona fide, aiunt,eſt quod venditore, rem tradere nolente, cum poſſit, emptori liceat petere quicquid ſua intereſt,rẽ traditam eſſe;in quo non vera duntaxat rei venditæ æſtimatio continebitur,ſed & ſi quid præterea interſit, ſed ſi rem ipſam habere emptor malit,eandem bonam fidem facere, vt ei omnimodo præſtari debeat,adeoque obligationis iure ac poteſtate non ſecus,atque ſi ex contractu ſtricto conueniretur.

8. In *l.4.ff.de act.empt.* dicitur, eum, qui rem alienam vendiderit, ſi medio tẽpore,hoc eſt,ante traditionem domino rei hæres extiterit,cogendum eſſe,vt impleat venditionem. Hoc vero quid aliud eſt, quam cogendum eum eſſe, vt rem tradat? Nam etſi domino rei hæres non extitiſſet,tamen ad id,quod emptoris intereſt,obligatus fuiſſet. Cũ igitur rei venditæ dominus factus ſit,non liberabitur, ſi emptori præſtare velit, quanti eius intereſt alienam rem venditam non eſſe, ſed venditorem implere & rem ipſam omnino tradere compelletur.

9. In *l.68.§.vlt.ff.de contrah.empt.* dicitur, ita demum venditoris, rem tradere nolentis,dolum æſtimari,ſi aliquo modo accidat, ne rem ipſam tradere poſſit: ergo poteſt venditor præciſe cogi vt rem tradat, ſi poteſtatem eius tradendæ habeat.

10. Inſuper ſententiam noſtram non parum confirmat *§.alia. Inſtit. de donat.* in quo dicitur:eum,qui promiſit ſe donaturum,ſeu qui ſe donare dixit,neceſſitatem habere traditionis *ad exemplum venditionis*. Ergo venditio neceſſitatem traditionis in ſe habet,& quod idem eſt, venditor neceſſum habet rem tradere. Hinc colligitur, eum cogi præciſe tradere, ſi

modo

Digitized by Google

modo poteſt tradere, vt aduerſus eum, qui tradere poteſt, ad hoc ipſum agatur vt tradat.

11. Denique in venditione & ſtipulatione tradendi, inquiunt, verſatur obligatio dandi & non faciendi, ſiquidem eo contractu agitur vt venditor rem, & emptor det pretium, promiſſor vero det id quod ſtipulatione promiſſum eſt.

Ex hiſce itaq; iuris fundamentis firmiter & indubitate concludendum videtur, ne quidem ex tradendi ſtipulatione, ad tradendum cogi promiſſorem, ſi malit loco rei, id quod intereſt præſtare.

Sed contraria ſententia, quod nempe idem plane in tradendi, quod in faciendi ſtipulatione ſtatuendum ſit, defenditur hiſce argumentis.

1. Ex faciendi obligationibus nemo tenetur præciſe ad faciendum, vt demonſtrauimus alibi, & probat *l.13.ff.de re iudi. l.72.84.& l.112.§.1.ff.de verbor.obligat.* Atqui ſtipulatio rem tradi eſt obligatio faciendi *l.ſtipulationes.72.pr.ff.de verb.oblig.* vbi ſic ICtus ſcribit: *Stipulationes non diuiduntur earum rerum, quæ diuiſionem non recipiunt, veluti via, itineris, actus, aquæductus cæterarumq; ſeruitutum. Idem puto & ſi quis faciendum quid ſtipulatus ſit, vtputa fundum tradi, vel foſſam fodi, vel inſulam fabricari, vel operas vel quid his ſimile, &c.* Ecce hîc expreſſe *fundum tradi* proponitur exemplum faciendi ſtipulationis. Quocirca, ſicut ex faciendi obligationibus ad faciendum non agitur, ita quoque ex obligationibus tradendi non agetur ad tradendum. Et quanq; Ant.Fab.reſpondeat, etſi factum in traditione verſetur, illud tamen factum non eſſe ex illorum genere, quæ, vt quis faciat, cogi non poſſit ſine vi & impreſſione, nec nudum continere factum traditionem, ſed tale factum, quo poſſeſſio transferatur, quod etiam iudicis officio & manu militari extorqueri poteſt. *l.68.ff de rei vindic.*

Veruntamen quod tale factum ſit traditio, quod vi & impreſſione à volente & inuito extorqueri valeat, non concedo, ſiquidem talis vis & impreſſio non minus libertatem ciuis Romani imminueret, quam ſi ad quoduis aliud factum vi cogeretur: Non obſtante *d.l.68.ff.de rei vindic.* Nam loquitur ea *l.68.* de vindicatione, ſiue actione in rem, qua dominus rem ſuam, ab alio poſſeſſam, ſibi reſtitui poſtulat: In hac vero idcirco præciſe ad rei reſtitutionem agitur, quoniam æquiſſimum eſt dominum rem ſuam recipere, nec ea, facto alterius, ſpoliari, aut priuari: vt taceam quod diuerſa ſint *tradere* & *reſtituere*, vt ita quatuor termini in argumento propoſito contineantur.

2. Confirmat deinceps hanc ſententiam noſtram *l.4.Cod.de act.empt.* vbi ita Impp.Dioclet.& Maximin. *Si traditio rei venditæ, iuxta emptionis contractum procacia venditoris non fiat, quanti inter eſſe compleri emptionem fuerit arbitratus præſes prouinciæ, tantum in condemnationis taxationem deducere curabit.* Nec eludi poteſt vis huius textus ea reſponſione, qua nonnulli reſpondent in *d l 4.* Venditorem cõdemnari in id quod intereſt, quamuis procacia rem non tradat, ſi modo iudex velit; adeoque iudicis arbitrio relinqui, vtrum velit eum, qui tradere promiſit, ad tradendum condemnare.

Nam refellitur hæc reſponſio aperte verbis ipſius textus, quibus dicitur, iudicem DEBERE curare, vt condemnet venditorem in id quod intereſt; vnde relucet hoc ipſum, quod condemnandus eſt ex tradendi obligatione promiſſor ad tradẽdum, nec relinquatur arbitrio iudicis, ſed iuris neceſſitati ſubiiciatur.

3. In *l.ex empto.11.§.idem ait.ff.de act.emp. & l.1.ff.eod.* diſerte affirmatur, quod emptor, ſi rem venditam non tradat, in id quod intereſt conueniatur.

4. In *l.6.C.de hæred.& act.vend* Sed quoniam, inquit Imperator, cõtractus fidem fregit, alienando ſcilicet res hæreditarias,

nec eas tradendo, qui tibi hæreditatem vendiderat, ex empto actione conuentus quanti tua intereſt, præſtare cogẽdus eſt. Non, ait Imperator, cogetur vt tradat, ſed dicit, vt præſtet, quanti tua intereſt. Igitur qui tradere promiſit, non ad tradendum, ſed ad intereſſe tenetur.

5. In *l.12.ff.de act.empt.* Celſus ita ſcribit: *Si iactum retis emero & iactare rete piſcator noluit, incertum eius retis æſtimandum eſt. ſi quod extraxerit piſciũ reddere mihi noluerit, id æſtimari debet, quod extraxerit.* vtroq; ergo caſu præciſe & omnimodo non cogitur iactare rete, & tradere captos piſces, quos tamen vendiderat; quique in promptu erant.

6. In *l.17.C.de fidei inſtrum.* Iuſtinianus ſancit, precio ſtatuto, neceſſitatem venditori imponi vel contractum venditoris perficere, vel id quod emptoris intereſt ei perſoluere.

7. In *l.10.C.de act empt.* venditor carnis, qui, fide rupta, carnem non tradidit, conuenitur in id quod intereſt.

8. Addunt nonnulli & hanc rationem, quod id quod noſtrum eſt, ſine vlla volũtate noſtra non tranſeat, nec res inuito domino auferatur *l.9.§.1.in fine.ff.de iure dot. l.25.§.1.ff.ſolut.mat.§.per traditionem.Inſt.de rerum diuiſ.* At ſi venditor cogeretur rem ſuam inuitus tradere emptori, res domino, hoc eſt, venditori (qui etiam poſt venditionem perfectam, re nondum tradita, dominus manet,) auferret. Quapropter, qui tradere promiſit, cogi nõ põt ad tradẽdũ, ſed pſtatione eiusq; intereſt liberatur.

*Ad primũ* vero contrariæ opinionis argumentum reſpondeo: Initio quidem in obligatione eſſe traditionẽ illamq; deberi, ſed poſtquam lis conteſtata eſt, deſinere in obligatione ac præſtatione eſſe, & per quandam quaſi nouationẽ in obligatione incipere eſſe id q intereſt *arg.l.84.ff de verb.obl g.* Et confirmatur textu ſatis dilucido in *l.1.ff.de act.empt.pr.* vbi ita ICtus: *Si res vendita non tradatur, in id quod intereſt emptoris, hoc autem interdum precium egreditur, ſi pluris intereſt quam res valet, vel empta eſt.* Et in *l.11.§.2. eod.tit.* cum ICtus ſcripſiſſet, inprimis rem ipſam præſtari debere, hoc eſt, tradere, ſubiicit poſt in *§.9.eiuſd. l.* Non tradentem, quanti intereſt condemnari.

*Ad ſecundum* reſpondeo, in faciendi obligationibus, qualis & hæc eſt, de qua nos loquimur, conuenit quidem de faciendo ſeu tradendo, ſed tamen ita, ſi factum non ſit, quod fieri promiſſum eſt *l.72.ff.de verb. oblig.* Et intelligitur ſatis ex iis, quæ prox. præc. dicta fuerũt. Deinde in faciendi obligationibus promittitur factum quidem verbis, re autem & ſententia contrahentiũ deducitur id quod intereſt creditoris.

*Ad tertium* reſp. Venditorem rem venditam tradere oportere, vt hæc traditio ſit in obligatione, verũ initio, quamdiu tẽp⁹ faciendi nõ tranſierit *d.l.72.* Deinde venditorẽ oportet rẽ tradere, non ſimpliciter & abſolute, ſed ſub cõditione, ſi velit liberari petitione & condẽnatione. Neceſſitas pinde hic intelligitur, nõ abſoluta ſed contingentiũ: Atq; hoc ipſum Paulus in ead. *l.11.§.idẽ ait.* ita interpretatur, vbi ait, non tradentẽ quantum interſit, condemnari.

*Ad quartum* reſpondetur: Id quod dicitur, actionem ex empto eſſe ad hoc vt poſſeſſio emptori tradatur, ſic accipiendum eſt, vt actio hæc non ſit rectà, ſed oblique ac per conſequentiam: quia actio ex empto eſt in id quod intereſt, ſi res vendita non tradatur, & hoc recta *d.l.1.prin.de act. empt.* ſed in conſequentiam metu huius præſtationis conſequitur emptor vt res vẽdita ſibi tradatur: Venditor enim hanc præſtationem metuens, cogetur rem tradere per conſequentiam huius metus, non recta, cum actio directa ſit in id quod intereſt, vbi res vendita non traditur.

*Ad quintum* reſpondetur iudicem in *d.l. fin.C.de fideicom.libert.* reprehendi qui reũ cõdemnauerat in litis æſtimationem, qui cõdemnandus fuerit, vt ſeruum legatum liber-

Digitized by Google

libertatis imponendæ gratia legatario daret. Libertas autem à nomine, niſi domino datur, itaq; in propoſita facti ſpecie nõ tenebatur, nec obligatus erat hæres ad faciendum, ſed dandum: Atque ita ad præſentem quæſtionem non pertinet, ꝙ de faciendi obligatione adductum eſt.

*Ad ſextum* reſpondetur; ad probationem aſſumptionis, venditori aut cuiuis alii debitori, ad tradendum aut faciendũ obligato, nequaquam dari electionẽ ſoluendi intereſſe, vel tradendi: Sed debitorem teneri præciſe ad intereſſe. *l.84.ff.de verb.oblig.* Et ſatis in ſuperioribus oſtenſum eſt poſt litem conteſtatam non amplius in obligatione aut præſtatione eſſe factum. Quod autem Anton.Fab.de ſtipulatione fundum dari, ait, ex ea præciſe cogi debitorem ad dandum, neq; ei concedi optionem: Verum quidem eſt, ſed tamen impertinẽter huc adducitur, ſiquidem nobis hoc loco diſputatio non eſt de dandi, ſed de tradendi obligationibus, & notum alias eſt, ex dandi obligationibus ad dandum aliquem teneri; ex eo tamen non recte colligitur, idem & in faciendi obligationibus obtinere: Nam differentiam inter dandi & faciendi obligationes, quoad noſtrum propoſitum, paulo ſupra oſtendimus: Neque vero, quia ſtipulatio ſtricti iuris eſt, ideo intereſſe ex ea peti nequit: Nam referre puto, vtrum intereſſe præſtetur vt acceſſio, an vice rei principalis; priori caſu ante litem conteſtatam nõ debetur, poſteriori vero quouis tempore ex ſtipulatione faciendi debetur.

*Ad ſeptimum* reſpondetur, illud non ſolum nulla ratione ſuffultum eſſe, ſed inſuper etiam rationi & iuri recta aduerſari: Quis enim vnquam legit, cum duo alternatiue debentur, electionem eſſe creditoris; quod enim debitoris ſit, legitur in *l.plerumq;.10.in fine.ff.de iure dot.l.2.§. Scæuola.ff.quod certo loco.* Præterea negatum antea fuit, ex tradendi obligatione alternatiue deberi rem, & factum, vt alterutrum peti poſſit, & contrarium euidentiſſimis argumentis oſtenſum eſt.

*Ad octauũ* reſp, non ſequi, venditor cogendus eſt implere contractum: ergo cogendus eſt ad rem ipſam tradendam; ſiquidem & tum reuera contractum adimplet, quãdo intereſſe præſtat *l.1.pr.ff.de act. empt.* At, inquis, intereſſe præſtare coactus fuiſſet emptori, etiamſi dominus rei factus non fuiſſet: Id enim verum quidem eſt, non tamen ex eo recte infertur, poſteaquam iam dominus factus ſit, cogendũ eſſe ad rem ipſam tradendam: Nam cur in *d.l 46.* nominatim hæc conditio exprimatur, ſi medio tempore dominus factus ſit, hoc ideo factum eſſe coniicio, quia dubitari poterat, vtrum etiam venditor, iam rei venditæ dominus factus, teneatur venditionẽ implere. Ratio dubitandi erat, ꝙ ſucceſſerit rei domino: ſicut autem dominus non tenebatur emptori, ita videri poterat nec venditor, qui in domini locũ & ius ſucceſſerat, teneri: Sed tñ, hac non attenta ratione, reſpondetur, venditorẽ nihilominus teneri contractum adimplere, ꝙ fieri diximus, ſi id ꝙ intereſt præſtetur.

*Ad 9.* reſp. Argumentum iſtud à contrario ſenſu eſſe deductum, ꝙ non valet, vbi leges ſunt in contrarium, vt in ꝓpoſita q̃ſtione plurimæ leges, ſupra adductæ, contrariam ſententiam valide confirmant.

*Ad 10.* reſp. Donellus ex *d.§.alia l.de donat.* duabus de cauſis non recte ſic inferri. 1. Quia in *l.ex empt.ff.de act.emp.pr.* dicitur, vẽditorem oportere rem præſtare, id eſt, tradere, quod nihil aliud eſt, q̃ vẽditorem neceſſum habere rem tradere: Et tñ eadẽ in lege ſubiicit Paulus; venditorẽ non tradentem, in id ꝙ intereſt condemnari. Nõ pugnant igitur hæc, neceſſum habere tradere, & nihilominus in id ꝙ intereſt condemnari. Deinde reſp. in *l.prat.§.vl l.ſi quis ex argentarijs in pr.ff.de eden.* dicitur, argẽtarios cogi rationes ſuas edere. Item cõpelli eos ad edẽdũ, & tñ eodẽ titulo conſtanter traditur, ſi nõ edant nõ idcirco cogi ꝓciſe

ſemper ſeſe diuinis legibus accommodare debent.

*Eit. E.* Et ita contractus emptionis-venditionis mutuo contrahentium conſenſu de re vendita, ſiue mercedeque precio, perficitur; completur vero & conſummatur pretij ſolutione ex parte emptoris, & rei traditione, ex parte venditoris. Iter vero prius contractum adimplere teneatur, quæſtionis eſt? Et verius eſt eum teneri prius contractum emptionis adimplere, qui prior ex contractu agit: Et ratio eſt, quia alias agenti obſtabit exceptio: Vnde ſi prius ad rem tradendam egerit emptor, precium ſoluere debet: Et non prius agendi facultatem competere emptori, quam ex ſua parte contractum adimpleuerit & precium ſoluerit, ſtatuit Weſenbec. *in paratitl. Dig. de act. empt. n. 6.* Quod & rationem habere æquiſſimam videtur; qua enim fronte petet ſibi adimpleri à venditore contractum & precium ſolvi, cum nec ipſe ſua ex parte contractui ſatisfecerit *l. 33. ff. de ſolut.* Et hoc ipſum amplius in *l. 13. §. offerri. ff. de act. empt.* Vlpianus claris verbis aſſerere videtur, *offerri,* inquiens *precium ab emptore debet, cum ex empto agitur & ideo etſi precii partem offerat, nondum eſt ex empto actio; venditor enim quaſi pignus retinere poteſt eam rem, quam vendidit.*

Cæterum hæc ſententia ita accipienda mihi videtur, non quod ipſo iure agere emptor impediatur, non ſoluto precio, ſed quod agere quidem poſſit ante precii oblationem vel ſolutionem, ſed actio iſta per exceptionem repellatur: adeoq; pretium offerri debet non ad hoc vt actio naſcatur, ſed vt actio efficax naſcatur, quæ exceptione elidi nequeat. Et hunc eſſe ſenſum *d. l. 13. §. offerri. ff. de act. empt.* paulo ſupra oſtenſum fuit.

Qu. 9. *Si vēditor non petierit nec vrſerit pre-* Quid igitur dicendum ſi venditor non petierit pretium ſibi ſolui, anne admittetur emptor de re vendita agens, an vero actione ſua à limine iudicij repelletur? Repelli ipſum debere, ſtatuit noſter Autor, ideo quia in *dict. l. 13. §. offerri. ff. de act. empt.* vbi expreſſe dicitur offerri precium ab emptore debere, cum ex empto agitur: vtitur ICtus verbo *oportet* quod neceſſitatem importat & hoc vult, ad hoc, vt ex empto agi poſſit neceſſariam eſſe precij oblationem: Vnde ſequi videtur, ſi oblatum precium non fuerit, deficere actionem empti. *cij ſolutionē an audiri debeat emptor rē ſibi tradi petens?*

2. Deinde ſubijcit ICtus, ſi pretij partem duntaxat offerat non eſſe ex empto actionem: proinde etſi venditor precij ſolutionem non vrſerit nec exegerit ab emptore, non tamen agere poterit, actione deficiente qua experiatur.

Sed tamen mihi hæc opinio nunquam placere potuit: *Tum* quia contractus emptionis ſolo conſenſu perfici dicitur & perfectus etiam reputatur, quamuis precium ſolutum non fuerit *pr. & §. 3. ff. de contrahend. empt.* perfectus autem contractus parit obligationem & mediante obligatione, actionem, qua quiſq; debitore ſuo inuito, agat & ius ſuum conſequatur, ſaluis tamen debitori exceptionibus *§. 1. & §. fin. I. de obligat. §. 1. I. de act.* & alias quoq; notiſſima eſt philoſophorū regula quod, poſitâ cauſa perfecta, ponatur etiam effectus: Nec exceptio actionem naſci impedit, ſed natura duntaxat elidit & excludit *l. 1. & tot. tit. Dig. de Except. pr. I. eod.* Quocirca emptor pretium non offerens, ſiue oblationem petierit venditor, ſiue non, agere poteſt, ſed ita vt à venditore per exceptionem repelletur.

Nec me mouet prius argumentum ex *d. l. 13. §. offerri.* deſumptum, quod videlicet offerri precium oporteat vt ex empto actio naſcatur: Intelligendus eſt enim textus iſte de actione ex empto efficaci & plane valida, quæ exceptione elidi & excludi nequeat, vt ratio à nobis modo adducta perſpicue demonſtrat.

Idem etiam de ſecundo argumento reſponderi debet: Quocirca ſi venditor iure ſuo vſus non fuerit, nec exceptione vēditi

diti & precii non ſoluti emptorem repulerit, actionem empti non ſolum competere ſed etiam efficacem fore plene mihi perſuaſum habeo. Contractum proinde emptionis venditionis is prius adimplere cogitur, qui prius egerit, ſiue emptor ſit, ſiue venditor.

*Lit. F. G. & H.*

Qu. 10. *An dolus cauſam cõtractui dans reddat cõtractũ bonæ fidei ipſo iure nullum?*

Sed hoc cũ iſta limitatione accipiendũ eſt, niſi is, qui experitur, dolo fuerit circumuentus aut ad contrahendum vi metuue compulſus, tunc enim etſi contractum ſua ex parte non adimpleuerit agere tamen & experiri cum effectu poteſt: Sed vtrum dolo ab alterutro contrahentium admiſſo contractus ipſo iure nullus ſit, an vero per actionem, vel exceptionem, aut replicationem reſcindendus, dubio non caret?

Et mihi quidem omnino diſtinguendum videtur inter contractus bonæ fidei & ſtricti iuris vt hi quidem ab initio conſiſtant, ſiue dolus cauſam & initium dederit contractui, ſiue in contractum inciderit, ita tamen, vt per doli exceptionem petitio ſubmoueatur, *l.3.&5.C.de inutil. ſtipulat.l.9.C.de contrahend.& committ.ſtipulat.l.36.ff.de verb.oblig.*

Bonæ fidei autem contractus, ſi quidem dolus cauſam illis dederit, hoc eſt, contrahentem, qui alias contracturus non fuiſſet, ad contrahendum induxerit, ab initio ſtatim nullius ſint momenti, ſeu ipſo iure ſint nulli: ſi vero inciderit in cõtractus, ita vt ſine eo nihilominus deceptus fuiſſet contracturus, contractus valeant, ſed exceptione doli poſtmodum eneruentur.

Et quidẽ, quod ad hunc dolũ, quẽ incidendũ vocamus, attinet, facile conſentiũt oẽs, ꝙ nõ reddat contractũ ipſo iure nullũ, cõfirmatur quippe hoc ſatis euidẽter, *l.In venditionib.§.1.& ſequ.ff.de contrah.empt. l.1.de pig.act.l.Iulianus, §.ſi quis colludẽte, ff.de act.empt.l.ex empto, §.ſi quis virginẽ, ff.eod.tit.*

An vero dolus cauſam contractui dans reddat contractum ipſo iure nullum, haut expeditum eſt? Etenim Iohannes Cora.2. *miſcel.8.n.4.Robert. lib.3.animaduert.c.1.2.3. 4.& 5.* Weſenbec.in *paratit. l.ff.de dolo princip & n.5.* ſtatuunt, contractum, etiam bonæ fidei, ab initio ſubſiſtere, nec ipſo jure nullum eſſe, ſi dolus ei initium & cauſam præbuerit; hancque ſententiam ſuam ſequentibus argumentis confirmari ſibi perſuadent.

Mouentur autem in primis *l.3.C.de reſcindend, vendit.* In qua ita Diocle, & Maximin. *Si dolo aduerſarii deceptum venditionem prædii te feciſſe præſes prouinciæ aditus animaduertit ſciens contrarium eſſe dolum bonæ fidei (quæ in huiuſmodi maxime contractibus exigitur) reſcindi venditionem iubebit.*

Hic inquiunt, dolus cauſam atque initium contractui dedit, quia venditio prædii dolo facta proponitur, & tamen reſcindi eam, expreſſe dicitur, ex quo infallibiliter, quod contractus venditionis non fuerit ab initio nullus; cum id ſolum reſcindatur, quod ſubſtitit, quod nullum fuit reſciſſione non indigeat, ſiquidem omnis priuatio habitum præſupponit.

In *l.13.§.ſi venditori verſic.per contrarium ff.de actionibus empt.* Ita Vlpianus, *per contrarium quoque idem Iulianus ſcribit, cum Terentius victor deceſſiſſet, relicto herede fratre & res quaſdam ex hereditate ſuo inſtrumenta & mancipia Villicus quidam ſubtraxiſſet, quibus ſubtractis, facile quaſi minimo valeres hereditas, vt ſibi ea venderetur, perſuaſit; an venditi iudicio ea teneri poſſit? Et ait Iulianus competere actionem ex vendito, in tantum, quanto pluris hereditas valeret, ſi hæ res ſubtractæ non fuiſſent.* E quibus verbis admodum perſpicue colligi exiſtimant, dolum contractui cauſam dantem non reddere contractum ipſo iure nullum, ſiquidem expreſſe loquuntur de dolo cauſam dante, cum hic proponatur, villicum perſuaſiſſe heredi victoris, vt eam hereditatem ſibi venderet, adeoque dolo heredem ad vendendum ac contrahendum induxiſſe.

3. In *ead, l.13. §.ſi quis colludente, ff.de act.*

*empt.Idem* Vlp.*Si quis, colludente,ait ,procuratore meo ab eo emerit,an poßit agere ex empto? & puto hactenus, vt aut ſtetur emptioni aut diſcedatur.* In hac facti ſpecie, itidem dolus cauſam dans interceſſit,dolo ſi quidem procurator alterius inductus fuit, vt contraheret & venderet,nihilominus tamen contractus ſubſiſtit,ſic vt exinde agi poſſit actione empti, vt aut ſtetur emptioni,aut diſcedatur ab ea.

4. Idem confirmat quoque *l* 11.§.*ſi quis virginem, ff.de.act.empt.* vbi proponitur dolo venditoris aliquis inductus, vt mulierem pro virgine emeret, quam empturus non fuiſſet, ſi non virginem, ſed mulierem eſſe ſciuiſſet.

5. In *l.9.pr.ff.de dolo.* Vlpianus ait,*ſi quis affirmauerit minimam eſſe hæreditatem & ita eam ab herede emit,non eſt de dolo cum ex vendito ſufficiat.* Hic iterum proponitur quis dolo ad emendum inductus atque perſuaſus,& tamen contractum ſubſiſtere,ſic vt exinde agi poſſit,aſſeritur.

6. In *l.Vnde ſi Nerva* 8.*pro ſocio* Paulus ſcribit:*Si Nerua arbitrium ita prauum eſt ,vt manifeſta iniquitas eius appareat,corrigi poteſt per iudicium bonæ fidei.* Hic ſine vlla doli incidẽtis &cauſam dantis diſtinctione,aſſeritur, dolum iudicio bonæ fidei emẽdari.

7. In *l.3. C.ex quibus cauſis maior.* Dioclet.& Maximi.reſcribunt;In *contractibus, qui bonæ fidei ſunt etiã maioribus officio iudicis. cauſa cognita, publica iura ſubueniunt.* Subueniunt autẽ vel actione,vel exceptione, vel in integrum reſtitutione, quodnã ex his tandem dicamus, ſequetur contractũ non eſſe ipſo iure nullum.

8. In*l. maioribus,3. commun. vtriuſque iudicii*,iidẽ Imperatores clare ſignificant,cõtractus dolo initos nõ eſſe nullos,ſed ſubſiſtere actionemq; qua dolus iſte emẽdetur,parere: verba hæc ſunt:*Maioribus ẽt per fraudẽ vel dolũ,vel pperã ſine iudicio factis diviſionibus, ſolet ſubuenire ,quia in bonæ fidei iudiciis, quod inæqualiter factum eſſe conſtiterit,in melius reformabitur.* Nec ſane quicquam, quod probe obſeruandum,Impp.diſtinguunt, vtrum dolus inciderit in contractum,an ei cauſam & initium præbuerit; diſtinxiſſent autem proculdubio Impp. ſi hoc modo deſtinguendum putaſſent.

9. Inſuper huc quoque facere videtur non parum, *l.12.§.1.ff.de iure dot.vbi* Vlpianus:*Si mulier ſe dicat circumuentam minoris rem æſtimaſſe, vtpote ſeruum: Siquidem circum in hoc vẽta eſt quod ſeruum dedit, non tantum in hoc,quod minoris æſtimauit,in eo acturam,vt ſeruus ſibi reſtituatur. Enimuero ſi in æſtimationis modo circumuenta eſt, erit arbitrium mariti, vtrum iuſtam æſtimationem, an potius ſeruum præſtet.* Hic, ex ſententia Iohannis Roberti , duo caſus diuerſi proponuntur, vnus, quo mulier in hoc circumuenta eſt, vt eum ſeruum in dotem daret, alias non datura. Alter, quo in precio eſt circumuenta. Priore caſu electio tribuitur, vtrum ex æſtimato agere velit ad iuſtam æſtimationem; An vero rem ipſam ſibi reſtitui petere: Cui conſequens ,& iſto caſu, quo dolus contractui initium dedit, eum ipſo iure nullius eſſe momenti.

10. Et ſane cum inter contractus bonæ fidei & ſtricti iuris nulla poſſit certa & conſtans dari diuerſitatis ac differentiæ ratio, cur illos dolus initium contractui dans ipſo iure nullos reddat; hos vero non item, dicendum & concludendum omnino videtur , dolum quantumuis cauſam dantem,non efficere,vt contractus ipſo iure ſit nullus.

Cæterum contraria opinio verior eſt ac crebriori calculo approbata :eamque ſequuntur & amplectuntur Donellus ad *l.ſi quis cum aliter, ff.de verb. obligat.* Gœdd.*de contrahend.& committend .c.3.nu. 112.& ſequentibus.Cuiac.in Mercatore lib.3.c. 1.2.3.4.& 5.& in d.l.ſi quis aliter.* Caſtel.*in l 7.in pr.ff.de dolo,*& ibid. Antonius Faber in *Rational.*Henricus Bocer.in *l.23.de R.Iur.c. 2.n.13.& ſeqq.*Anton.Faber in *Error.pragm. dec.9.Error.*1.Mynſ.*cent.6.obſ.*38.*n.6.* And. Gail.

Digitized by Google

Gail. 2. *obſeruat. 2. n. 6. Quibus & ego libenter ſubſcribo.*

Primo enim ſtabilitur hæc ſententia, *l. 7. pr. ff. de dol. malo.* vbi Vlpianus *Nec videtur huic ſententiæ aduerſari quod Iulianus lib. 4. ſcribit: Si minor annis viginti quinque conſilio ſerui circumſcriptus eum vendidit cum peculio, emptorque eum manumiſit, dandam in manumiſſum de dolo actionem: Hoc enim ſic accipimus carere dolo emptorem, vt ex empto teneri non poſſit, aut nullam eſſe venditionem, ſi in hoc ipſo, vt venderet circumſcriptus eſt:* his verbis clare & perſpicue ſignificatur, ſi quis dolo, vt venderet circumuentus & inductus fuerit (quem dolum appellant cauſam contractui dantem) contractum eſſe nullius momenti ſeu vt Vlpianus loquitur, emptionem nullã eſſe.

2. Idemque plane confirmat, *l. 16. §. 1. ff de minor.* quo & ipſo in loco: ſi minor circumſcriptus ſocietatem coierit, vel etiam donationis cauſa, nullam eſſe ſocietatem, nec inter maiores quidem, & hoc ita, vt partes prætoris ceſſent, & ipſo iure munitus ſit minor.

Non equidem me latet Iohannem Robertum ad hoſce textus, modo adductos, reſpondere emptionem venditionem, nec non ſocietatem nullam eſſe, non quoad ſubſtantiam contractus & obligationis, ſed ſaltem quoad effectum, quoniam venditor vel ſocius ſic dolo inductus habeat actionem, vel exceptionem ex ipſo contractu ad annulandum & reſcindendum, ſi malit.

Verum huic reſponſioni primo refragatur, quod diuerſa hæc ſint & diſſimilia, contractum eſſe nullum & contractum eſſe annullandum, nec ICtus in textibus adductis aſſerat, contractum eſſe annullandum, ſed nullum eſſe.

2. Quod in vtroque textu quæſtio ſit propoſita de minore, quando ipſi reſtitutio in integrum ſit neceſſaria? Ad eamque ICtus reſpondeat, non eſſe neceſſariam, cum minor iure ipſo munitus eſt, eiuſque exemplum adducit contractum venditionis & donationis ad quem ineundum dolo minor fuerit inductus. Quod ſi contractus valeret, vt Robertus opinatur, reſtitutione vtique in integrum opus eſſet ad eum reſcindendum & infirmandum. Adde, quod expreſſe dicat ICtus, ita ſocietatem eſſe nullam, vt partes prætoris ceſſent; Iam vero partes prætoris eiusq; officium nõ ceſſarent, ſi contractus ſubſiſterent, & officio magiſtratus reſcindendus eſſet.

3. In *l. 3. §. vlt. ff. pro ſocio.* Paulus ſocietatem, ſi dolo malo, aut fraudãdi cauſa coita ſit, ipſo iure nullius eſſe momenti aſſerit, quia bona fides cõtraria ſit fraudi & dolo.

Nec audiendus hic Rob. quando in *d. l. 3* de ea ſocietate agi reſpondet, quæ fiat in tertii fraudem, vt ſi duo contrahant ſocietatem veneficii, aut latrocinii cauſa, qualem ſocietatem nullius eſſe momenti ICtus aſſerat, quia non vnius duntaxat, ſed vtr usque dolus cauſam præbuerit contractui.

Recte enim Gœddæus hanc interpretationem reiicit, quia apertum ſit, Paulum non tractare de rebus in contractum ſocietatis deducendis, ſed de forma ac modo contrahendi, quia ad id, quod proponit Paulus, adhibet omnibus notam hanc regulam, quia fides bona contraria eſt fraudi & dolo, quæ ſane non quadraret ad propoſitum, ſi vera eſſet Roberti interpretatio.

His non refragantur argumenta Roberti cæterorumque diſſentientium ſupra enumerata: Ad primum enim reſpondeo, legem *ſi dolo 5. C. de reſcind. vendit.* nobis non refragari, nec Roberto patrocinari, quia exinde non conſtat dolum de quo ibidem agitur cauſam dediſſe contractui & venditorẽ ad vendendũ induxiſſe: Etſi enim proponatur ibidem dolo circumuentus prædii venditionem feciſſe, tamen & ille recte dicitur dolo circumuentus vendidiſſe, qui non fuit ad vẽdendum dolo adductus, ſed in ipſo contractu



Digitized by Google

circa pretium rei dolo circumuentus. Deinde poſito eo, quod dolus contractui cauſam præbuerit, exinde tamen nõ ſequitur, quod contractus ſubſtiterit: verbum enim reſcindi ſæpe ad actus iure inualidos refertur, vt in *l.1. §.1. ff. de feriis. in l.43. §.2. ff de vulg. & pupill. ſubſtit. tot. tit. de ſentent. quæ ſine appellat. reſcind.* non, vt reſcindantur ac reſoluantur quatenus iure valuerunt ac ſubſtiterunt; ſed ſolum quatenus de facto proceſſerunt, vt quod ex illis hinc inde profectum eſt in priſtinum ſtatum reſtituatur. Proinde in *dict. l.5.* ſic venditio reſcindi iubetur, vt quæ data & tradita ſunt reuocentur vindicatione & condictione ſine cauſa: cur enim vindicatio hoc caſu non detur, nil video; ſiquidem ex venditione, quæ nulla fuit, dominium transferri non potuit. Et rem ſine cauſa apud emptorem eſſe apertum eſt, vt ita locus condictioni ſine cauſa poſſit. Et quanquam Antonius Faber ideo vindicationem & condictionem ſine cauſa hoc caſu dari neget, quia actio doli competat, cui locus non ſit, quotiens aliæ actiones competunt, *l.1. ff. de dolo*; id tamen, quod præſupponit, in caſu *dict. l.5.* doli actionem competere, non probat, nec etiam in *d. l.5.* vllo exprimitur verbulo. Ipſe Antoninus Faber reſpondet: venditionẽ ipſo iure nullã eſſe, cui dolus cauſam dedit, ſi nempe in puris conuentionis finibus ſteterit: verum ſi traditio ſecuta fuerit incipere habere vires, non quia traditio vlla poſſit transferre dominium quã titulus venditonis, aut alius non præcedat, *l.30. ff. de acquir. dom.* ſed quia, quod fauore venditoris conſtitutum eſt, vt venditio in qua circumſcriptus eſt, ipſo iure ſit nulla, non debeat ei nocere, ſi malit venditionem ſtare, vt malle videatur rem tradidit, ne, quod in fauorem eius introductum eſt, id in odium eius detorqueatur. Sane veriſſimum puto ſi velit venditor contractum potius valere ſibique pretium ſolui, quam eũdem reſcindi, non eſſe locum reſciſſioni, non ſolum ob rationem ab Antonio Fabro modo aſſignatam, ſed etiam propterea, quod dolus nemini debeat, niſi circumuenienti, nocere, *l.155. de R. iur.* Hic autem ſi, inuito venditore, recederetur à contractu, dol⁹ emptoris noceret ipſi, qui bona fide contraxit. Denique nec emptor, qui dolum fecit, petere poteſt contractum reſolui propter dolum admiſſum; quia ſic propriam allegaret turpitudinem, quo caſu audiendus vtique non eſſet.

Ad ſecundum in *l.13. §. ſi venditor. verſic. per contrarium*: non agitur de dolo cauſam dante, ſed ſolum de dolo incidente; non enim in hoc circumuentus erat heres, vt villico hereditatem venderet, ſed vt quaſi minimo valeret venderet; idque inde liquet, quod decepto non detur actio ad reſoluendum contractum, quæ tamen ex ſententia Roberti & reliquorum diſſentientiũ datur, quotiens dolus cauſam cõtractui prębuit, ſed datur actio venditi in tantum, quanto pluris hereditas valeret rebus iſtis non ſubtractis. Deinde in iſto §. *ſi vendit.* proponuntur duo caſus, quorum prior de dolo incidente agit, id quod ſatis eſt perſpicuum; conſequens itaq; eſt, vt & poſterior, qui in obiecto *verſic. per contrariũ*, proponitur atq; prior oppoſitus & contrarius eſt, itidem de dolo incidente loquatur; cum oppoſita ratione eiuſdem opponantur, eodemque reſpectu ſemper intelligantur.

Ad tertium. In *§. ſi quis colludente, d. l.13.* nemo dolo erat inductus ad contrahendum, non principalis ille, cuius nomine contrahebatur, quia is ipſe contrahebat; nec procurator, vt qui ipſe doloſe colluſerat, hoc eſt paſſus erat ſe, vel potius dominum, decipi ac dolo malo circumuenirl.

*Ad quartũ.* Conſimiliter nec in *d. l. 11. §. ſi quis virginem.* de dolo cauſam dante, ſed ſolum de incidente agitur: erat enim empturus fœminam iſtam; ſponte etiam

acceſſerat eius venditorem, ſed in qualitate fœminæ ſaltem fuit deceptus, quod pro virgine mulierem emerit: quin etiam in textu non dicitur venditorem dolo induxiſſe, aut circumueniſſe emptorem, vt emeret, ſed eum ſaltem errare paſſum fuiſſe.

*Ad quintum.* In *d. l. 9. pr.* non tractari de dolo cauſam dante, ſed de dolo incidente, ſiquidem circa pretium venditor fuit circumuentus & dolo inductus, vt hæreditatem, quaſi minimam, minoris venderet, qualis dolus, ex omnium ſententia incidens eſt.

*Ad ſextum* idem plane reſpondendum: nam quod in *d. l. 8.* dolus Neruæ incidens fuerit, id hinc liquet, quod Neruæ iniquũ dicitur fuiſſe arbitrium. At illud arbitrium non ſpectauit, eo, vt contraheretur, ſed pertinuit ſolũ ad res in contractũ deducendas, æſtimandas. Præterea non conſtat Neruam fuiſſe in dolo, quandoquidem fieri poteſt, vt aut imperitia quadam, vel errore, aut rei ipſius precii ignorantia iniquum fuerit arbitratus abſque vllo dolo malo & fraude.

*Ad ſeptimum* Reſp. in *l. 3. C. ex quib. cauſ. maior.* non agi de circumuẽtione doloſa, ſed ea, quæ fit ſine vllo fraudandi propoſito. Præterea iura publica dolo ad cõtrahendum inductis ſubueniunt non ita, vt contractum remedio aliquo reſcindi & infirmari iubeant, ſed, vt ne quidem ab initio, eum ſtare patiantur ſed irritum & iure ipſo nullum pronuncient.

*Ad octauum.* Reſp. in *l. 3. C. comm. vtriuſq;* agi de dolo; ſed de incidente, non verò de dolo cauſam dante, idque patet ex iis, quę pro noſtra ſententia adduximus: nec ſane ſequitur, *dolus eſt: Ergo eſt dolus cauſam dans contractui*; à poſitione quippe generis ad poſitionem certæ alicuius ſpeciei non procedit argumentum.

*Ad nonum.* Reſp. in ſpecie *l. 12. §. 1. de iure dot.* mulierem non fuiſſe circumſcriptam in hoc ipſo, quod dotem dederit, ſed, vt verba legis oſtendunt, in eo fuit circumuenta, quod ſeruum in dotem dederit; adeoq; & hic dolus fuit ſaltem incidens, non vero cauſam dans. Et hoc ita eſſe maniſeſtiſſime ex ipſis verbis legis apparet.

*Ad decimum.* Reſp. quod dolus, cauſam contractui dans, bonæ fidei contractum ipſo iure nullũ faciat; non autem contractum ſtricti iuris, eius ratio minime obſcura eſt. Quãquam enim bona fides, cui dolus contrarius eſt, *l. 116. de R. Iur.* omnibus in iudiciis ſpectetur, *l. 8. C. de iudiciis*, magis tamen in bonæ fidei, quam in ſtrictis iudiciis deſideratur, *l. 5. in verbis*, quæ in huiuſmodi maxime contractibus exigitur, *C. de reſcind. vendit.* conſequens eſt, vt facilius bonæ fidei contractus vitiet, quam contractus ſtricti iuris.

## RESOLVTIO THESIS *Tertia.*

Cum quæritur quinam emere & vendere quique contrahere poſſit, vel non, hęc tenenda eſt generalis regula: quemlibet contrahere itemq; emere & vendere poſſe qui non prohibetur, *arg. l. 43. §. 1. ff. de procurator. & l. 1. §. 1. ff. de teſtibus.* Prohibentur autem quidam natura, quidã lege. Natura contrahere & conſequenter emere vendere non poſſunt INFANS & FVRIOSVS: vterque ideo prohibetur quia conſentire nequit, ad omnem vero contractum deſideratur conſenſus *l. 1. §. conuentionis. ff. de pact.* maxime vero ad emptionẽ conſenſus deſideratur, vt quæ cõſenſu ſolo conſtet, eoq; perficiatur & abſoluatur *tot. tit. I. de obligat. ex conſenſu pr. & §. 3. I. de empt. vendit.*

Sed de Infante quod dicitur, eum contrahere & emptionis-vẽditionis contractum inire non poſſe, vtrumne ita intelligendum ſit vt nec tutore authore cõtractum inire valeat? non perinde expeditũ videtur. Ego, aliorum rectius ſentientiũ, iudicio ſemper ſaluo, exiſtimo infantem, tuto-

tutoris, authoritate accedente, negotia recte contrahere poſſe; id quod ſequentibus argumentis confirmari & ſtabiliri puto.

1. Infans tutore auctore poſſeſſionem acquirere poteſt *l.32.§.1.ff. de acquir. poſſ furioſus vero non item.*

2. Infans, tutore authore, fideicommiſſariam hereditatem acquirere poteſt. *65.§.3.ff.ad SC.Trebell.* vbi Mecianus ICtus *Si pupillo,* inquit, *infanti reſtituere hereditatem quis rogatus ſit, ſi ſponte adierit etiam ſeruo eius, & ipſi pupillo tutore auctore reſtituetur hereditas.* Nec obſtat huic quod in *l. 9. ff.de acquir.vel omitt.hered.* dicitur, pupillũ, ſi fari poſſit, hereditatem auctoritate tutoris acquirere poſſe. Reſp. Nam hic male per argumentũ à contrario ſenſu, contra textum expreſſum *d.l.65.* concluditur, infantem non poſſe, tutore auctore, hereditatem acquirere. Sicut etiam non impedit, quod tutor nomine pupilli hereditatẽ poſſit acquirere, *l.18.C. de iure delib.* Reſp. Nam hæc non ſunt contraria, ſed diuerſa, quæ ſimul ſtare poſſunt, tutorem nomine pupilli acquirere hereditatem, & pupillum auctore tutore hereditatem acquirere.

3. Accedit ratio etiam ſatis euidens, quod nempe iudicium infantis imbecille & imperfectum ſuppleatur à tutore, *d. l. 32. de acquir. poſſ.* Vnde ſequitur pupillum infantem illos etiam actus, qui iudicium aliquod & conſenſum ſiue animum deſiderant, tutoris auctoritate perficere poſſe.

4. Et ſane quod diuerſa ſit ratio furioſi & infantis hinc conſtat, quod in furioſo nec res ſit, nec ſpes animi; in infante & ſpes ſit & principium animi ac iudicii: ſeu in infante ſemina ſint iudicii, quæ ſuppleri poſſint auctoritate tutoris: in furioſo autem nulla ſint iudicii ſemina, & ideo ſuppleri per curatorem & adiuuari non poſſint.

5. Inſuper Infanti donatarum rerum poſſeſſio tradita acquirit, vt expreſſe Decius Imperator in *l.3.Cod. de acquir. poſſeſſ.* Rufino reſcripſit. At poſſeſſionis acquiſitio animum deſiderat.

6. In *l.1.§ 3.ff.de acquir.poſſ.* ſcribit Paulus, pupillum, auctore tutore, incipere poſſidere. Nec inter pupillum infantem, infantiæ & pubertati proximum diſtinguit. Quare quod in genere de pupillis aſſeritur; id quoque de ſingulis pupillorum ſpeciebus accipiendum eſt. Et quod de infante etiam loquatur, patet exinde, quod ſubiicit, ſi pupillus eius ſit ætatis, vt intellectum capiat, etiam ſine tutoris authoritate eum poſſidere poſſe.

His vero non aduerſatur primo, quod Paulus ICtus in *l.5. de R.I.* expreſſe atque nominatim pupillum, qui fari poteſt, diſtinguat à furioſo; ita vt furioſus nullũ negotium contrahere poſſit curatoris authoritate; at pupillus, qui fari poteſt, omnia poſſit facere tutore authore; vnde inferẽdum videtur, infantem nullum negotium poſſe, citra tutoris ſui authoritatem, contrahere, ſed per omnia, quoad hoc ſimilem eſſe furioſo.

Reſp. Nam primo argumentum à cõtrario ſenſu, quale illud eſt, quod ex noſtra lege modo deductum eſt; Item argumentum ab incluſione vnius ad alterius excluſionem non procedit contra textus expreſſos, quibus infantem, tutore auctore negotia quædam perficere, dicitur. Non itaque ſequitur: Pupillus qui fari poteſt diſtat à furioſo. Ergo infans non diſtat à furioſo. Prꝫterea quod dicitur pupillum, qui fari poteſt, omnia negotia gerere poſſe, tutore auctore, ex eo non recte infertur: ergo pupillus infans nulla negotia tutore auctore contrahere poteſt. Sed ita exinde recte concluditur. Ergo pupillus infans non omnia negotia tutore authore agere poteſt. Id quod libenter & nos admittimus. Ea enim quæ verba deſiderant ſane infans facere non poteſt, *arg.l.1.pr ff.de V.O.*

Non aduerſatur, quod cum infantis nullum plane ſit iudicium, *l.1. C.de falſa moneta*, *l.Infans.ff.de l.Cornel.de Sicar.* §. *in ſumma.I.de obligat.quæ ex delict.naſc.*adeo vt etiam ob hanc cauſam delinquere nequeat, *d.l. Infans.*non poſſit tutor defectum iudicii & conſenſus ſupplere. Quod enim omnino nullum eſt, id ſuppleri nõ poteſt, ſed id ſolum quod imperfectum eſt.

Reſp. Hoc, inquam, non obſtat: quod enim infantis ſit aliquod iudicium, ſed imperfectum, debile, atque ad actus, conſenſu gerendos, inſufficiens, diſerte probat *d.l.32.§.2.de acquir.poſſeſſ.* vbi dicitur iudicium infantis ſuppleri auctoritate tutoris. Quapropter verius videtur, quod hic dicitur pupillum iudicium non habere, id comparate ſolum accipiendum eſſe, quod ſcilicet non habeat iudicium perfectum atque ad actum perficiendum ſufficiens. Sic enim & pupillus in genere dicitur nullum habere animi iudiciũ, §.1.*I.quibus non eſt permiſſ. fac.teſt.* cum tamen proximus pubertati intellectum habere expreſſe dicatur §.*in ſumma* 18.*I.de oblig.quæ ex delict.naſcuntur.*Intelligitur nẽpe illic iudicium perfectum, quale ad teſtamenti factionem eſt neceſſarium.

Et pupillus infantiæ proximus, dicitur neque ſcire, neque decernere poſſe, non magis quam furioſus, *l.9.ff.de acquir. vel amit.hered.l.70.ff.de V.O.*§.10.*I.de inutil. ſtipulat.*Et tamen quin is aliquem habeat intellectum, quem ſua authoritate ſupplere poſſit tutor, adeoque authore tutore negotia contrahere valeat, extra omnem controuerſiam eſt poſitum & ſufficienter probat vel ſola *d.l.5.* præterea licet infanti intellectus non eſſet; quin tamen principium atque ſemina iudicii habeat, dubium plane nullum eſt.

Non aduerſatur quod infans comparetur furioſo in *l.1 §.3.ff.de adq.poſſ.* §. 10. *I.de inut.ſtipulat.*

Reſp. Nam hoc non ita abſolute ac ſimpliciter, ſed ſecundum quid duntaxat intelligendum eſt; Idque haud obſcure indicat, *d.*§.10. vbi Iuſtinianus ait, infantes non multum diſtare à furioſis; vnde colligitur, quod aliquid tamen à furioſo diſtent. Et ſane quod à furioſis differant, inde colligitur, quod infans, tutore authore, poſſit acquirere poſſeſſionem, *d.l.32.§.1.de acquir.poſſ.*at furioſus nõ item, *l.18.§.1.ff.eod.*item quod furioſus, ſi ei decreto petita ſit poſſeſſio atque ipſe, priusquam mentis compos factus bonorum poſſeſſionem petierit, deceſſerit, matri non obſtet, *l.2.§.11.ff.ad Sc.Tertyll.* at infans hoc caſu obſtet matri, quia, vt ſubiicit ICtus, poſſeſſio bonorum, quæ infanti datur, non eſt ſimilis ei, quæ datur furioſo, *d.l.2.§.13.*inſuper cum in infante ſit principium atque ſemina iudicii: in furioſo autem non item, ſequitur inde infallibiliter infantem furioſo non in omnibus, nec per omnia æquiparandum.

Furioſum porro & mente captum cõſentire non poſſe exinde apparet quod dicitur ipſorum eſſe nulla mens §.11.*I.quib.mod.teſtam.infirm.* nullus animi ſenſus *l.22.§.7.ff.ſolut matrim.* hinc etiam furioſi loco abſentium habentur, in iis ſcilicet quæ animi requirunt præſentiam, *l.2.§ 3.ff.de iure Codicill.* vbi Iulianus, *Furioſus*, inquit, *non intelligitur codicillos facere, quia nec aliud quicquam agere intelligitur cum per omnia & in omnibus abſentis, vel quieſcentis loco habetur.* Et Paulus furioſum abſentis loco eſſe diſertis verbis ſcribit, *l.124.§.1.l.de R.Iur.*quin & furioſi dormientium atque ignorantium loco habentur, *l.24.in pr.ff.de oblig.& act.l.1.§.3.ff. de acquir.vel amitt.poſſ.*

Iam vero pactum requirit vtriusque paciſcentis conſenſum, *l.1.ff.de pact.*quare cum, vt hactenus oſtenſum eſt, furioſi non poſſint conſentire, ſequitur eos nec paciſci poſſe.

Cæterum furioſorum duo ſunt gene-

ra

ra; quidam enim perpetuum, nonnulli intermiſſum furorem habent, *l. pen. C. de curat. furioſi.* de his, qui perpetuo furore laborant, verum eſt quod hactenus dictum eſt, quod furioſi nulla ſit voluntas nullus conſenſus, nullum animi iudicium, & ideo non poſſit contrahere, eaque expedire, quæ animi ſenſum ac iudicium deſiderant. At vero qui intermiſſum furorem habent, quia certa habent furoris interualla, *l. furioſum, C. qui teſtam. fac. poſſ.* atque in conſpectu adumbratæ quietis ſunt, *l. quod meo, 18. ff. de acquir. poſſ.* poſſunt intermiſſionis tempore negotia tam publica, quam priuata recte gerere: nam iudicium exercere poſſunt, *l. 12. & l. 39. ff. de iudic.* Et teſtamenta facere aliisve facientibus teſtes eſſe, *l. 20. §. qui furioſi, Digeſt. de teſtam. l. 9. Cod. qui teſtam. fac. poſſ.* Et denique quosuis contractus inire, *l. 2. Cod. de contr. empt.* quia eo tempore iudicio non deſtituuntur, nec voluntate ac conſenſu carent.

Qu. 11. *An furioſus poſſit conſenſu curatoris contrahere?*

Ad quid ſi curatoris accedat conſenſus poteritne vel tunc furioſus negotium cõtrahere? Negandum videtur: Idque vi oppoſitionis iſtius, qua in *l. 5. de R. iur.* opponitur pupillo, qui fari poſſit; quem cũ dicat Paulus omnia negotia tutore recte facere: poſſe, conſequens eſt vi oppoſitionis, vt furioſus ne quidem curatoris conſenſu quicquam facere poſſit: & ratio etiam huius ſatis eſt perſpicua: cum enim vt proxime oſtenſum fuit nulla ſit furioſi voluntas, nullum iudicium, nullus conſenſus, ſequitur etiam voluntatem furioſi, quæ nulla eſt, à curatore furioſi ſuppleri non poſſe: & conſequẽter quoad hoc officium curatoris deficere. Et hoc eſt, quod in *l. 5. de reg. iur* dicitur; furioſum authore curatore, nullum negotium contrahere poſſe. Verum enim vero furioſum paciſci & contrahere poſſe nihilominus dicendum videtur.

1. Etenim qui tacite conſentire poteſt, is quoque poteſt contrahere & paciſci, cum ad contractum tacitus ſufficiat conſenſus, *argum. tot. titul. quib. mod. p ign. vel hypothec. tacit. contrah. l. 2. Digeſt. de pact.* atqui furioſus poteſt tacite conſentire, *l. ſecunda, §. ſecundo, Digeſt. ſolut. matrim.* Vbi Vlpianus in hæc verba ſcribit: *Voluntatem autem filiæ, cum pater agit de dote, vtrum ſic accipimus, vt conſentiat, an vero ne contradicat filia. Et eſt ab Imperatore Antonino reſcriptum, filiam, niſi euidenter contradicat, videri conſentire patri. Et Iulianus lib. 48. Digeſtorum ſcripſit, quaſi ex voluntate filiæ videri experiri patrem, ſi furioſam filiam habeat: quare hinc colligitur filiæ furioſæ voluntatẽ aliquã eſſe, ſi non expreſſam, tacitã tamẽ.*

2. Quin etiam ex quaſi contractu obligari furioſum negotiorum geſtori idẽ teſtatur Vlpianus in *l. 3. § etſi 5. Digeſt. de negot. geſt.* quocirca nõ videtur ita ſimpliciter dicendũ, quod furioſus nullũ poſſit contrahere negotium, nullũ pactũ inire.

3. Accedit his quod furioſus poſſit habere fideiuſſorem, *l. Marcellus 25. Digeſt. de fideiuſſ.* omnis autem fideiuſſio obligationem aliquam præcedentem præſupponit, *§. 1. l. de fideiuſſ. l. 8. ff eod.* obligatio vero præſupponit conuentionem; *§ fin. I. de oblig.* quapropter dicendum videtur furioſum contrahere poſſe.

4. Qui poteſt delinquere, is quoque poteſt paciſci, cum ad delictum non minus voluntas deſideretur, atque ad pacta & contractus: atqui furioſus poteſt delinquere, *arg. l. 14. Digeſt. de offic. præſid.* quocirca furioſus quoque paciſci & contrahere poterit. Cæterum his nihil quicquam obſtantibus priorem ſententiam veriorem ac iuris fundamentis conuenientiorem iudico.

Quod enim ad *primum* Reſp. Furioſum tacite conſentire non poſſe. *1.* quia ſimpliciter & abſolute dicitur, furioſi nullum eſſe iudicium, nullum conſenſum, *l. 2. Cod. de contrah. empt.* nullam mẽtem, nullam voluntatem, *l. 40 de R. Iur. l. 47. Digeſt. de acquir. hered.* 2. quia Vlpianus in-

intereſſe, ſed ad ipſam rem tradendam agitur.

3. In *l.11.ff.de act.empt.§.2.* diſerte ſcriptum eſt, imprimis ipſam rem præſtare venditorem oportere, hoc eſt, tradere, quæ res, ſiquidem dominus fuit venditor, faciat emptorem dominum: ſin minus, tantum euictionis nomine venditorem obliget, ſi modo precium eſt numeratum, aut eo nomine ſatisfactum.

4. In eadem *l.11.§.venditorem.* dicitur, actionem ex empto emptori eſſe ad hoc, vt poſſeſſio ei tradatur: non eſt ergo ex empto in id quod intereſt, aut certe, etiam poſtquam res vendita tradita non eſt, nihilominus hoc etiam in obligatione eſt, vt res tradatur.

5. In *l.fin.C.de fideicom.libert.* iudex reprehenditur, qui debitorem ſerui non ad tradendum, ſed ad litis æſtimationem condemnarat. Vnde ſequitur, quod qui tradere promiſit, non ad tradendum præciſe, ſed ad intereſſe teneatur.

6. Præterea ſic inferunt: non debet melior eſſe conditio eius, qui ex venditione, bonæ fidei contractu, quam qui ex ſtipulatione, aut alio ex contractu ſtricti iuris conuenitur: iam melior efficeretur conditio venditoris, quam eius, qui ex ſtipulatione conuenitur, ſi venditor non præiſce ad tradendum teneretur, ſed oblatione intereſſe liberaretur, quia melior eſt conditio eius, qui electionem habet ex pluribus rebus, vtram præſtare malit, quam eius, qui certæ rei præſtandæ omnino obſtrictus eſt. Ei autem, qui ſtipulanti fundum dare promiſit, nemo facile tribuerit electionem & poteſtatem ſoluendi vtram malit, fundum, an vero intereſſe: ſiquidem fundum ipſum dare debet ac præſtare, vt eius dominium ſtipulatoris omnimodo efficiatur *l.75.§.vlt. de ver. obligat.* & ſtipulatio ſtricti iuris eſt, non admittens præſtationem eius quod intereſt, quod tantum ex bona fide præſtatur: ergo nec venditori ſeu ei, qui ex bonæ fidei iudicio conuenitur, permittenda eſt hæc electio, vt vel intereſſe, vel rem ipſam præſtare poſſit.

7. Ex bona fide, aiunt, eſt quod venditore, rem tradere nolente, cum poſſit, emptori liceat petere quicquid ſua intereſt, rē traditam eſſe; in quo non vera duntaxat rei venditæ æſtimatio continebitur, ſed & ſi quid præterea interſit, ſed ſi rem ipſam habere emptor malit, eandem bonam fidem facere, vt ei omnimodo præſtari debeat, adeoque obligationis iure ac poteſtate non ſecus, atque ſi ex contractu ſtricto conueniretur.

8. In *l.4.ff.de act.empt.* dicitur, eum, qui rem alienam vendiderit, ſi medio tēpore, hoc eſt, ante traditionem domino rei hæres extiterit, cogendum eſſe, vt impleat venditionem. Hoc vero quid aliud eſt, quam cogendum eum eſſe, vt rem tradat? Nam etſi domino rei hæres non extitiſſet, tamen ad id, quod emptoris intereſt, obligatus fuiſſet. Cũ igitur rei venditæ dominus factus ſit, non liberabitur, ſi emptori præſtare velit, quanti eius intereſt alienam rem venditam non eſſe, ſed venditorem implere & rem ipſam omnino tradere compelletur.

9. In *l.68.§.vlt.ff.de contrah.empt.* dicitur, ita demum venditoris, rem tradere nolentis, dolum æſtimari, ſi aliquo modo accidat, ne rem ipſam tradere poſſit: ergo poteſt venditor præciſe cogi vt rem tradat, ſi poteſtatem eius tradendæ habeat.

10. Inſuper ſententiam noſtram non parum confirmat *§.alia. Inſtit. de donat.* in quo dicitur: eum, qui promiſit ſe donaturum, ſeu qui ſe donare dixit, neceſſitatem habere traditionis *ad exemplum venditionis*. Ergo venditio neceſſitatem traditionis in ſe habet, & quod idem eſt, venditor neceſſum habet rem tradere. Hinc colligitur, eum cogi præciſe tradere, ſi

modo

modo poteſt tradere, vt aduerſus eum, qui tradere poteſt, ad hoc ipſum agatur vt tradat.

II. Denique in venditione & ſtipulatione tradendi, inquiunt, verſatur obligatio dandi & non faciendi, ſiquidem eo contractu agitur vt venditor rem, & emptor det pretium, promiſſor vero det id quod ſtipulatione promiſſum eſt.

Ex hiſce itaq; iuris fundamentis firmiter & indubitate concludendum videtur, ne quidem ex tradendi ſtipulatione, ad tradendum cogi promiſſorem, ſi malit loco rei, id quod intereſt præſtare.

Sed contraria ſententia, quod nempe idem plane in tradendi, quod in faciendi ſtipulatione ſtatuendum ſit, defenditur hiſce argumentis.

I. Ex faciendi obligationibus nemo tenetur præciſe ad faciendum, vt demonſtrauimus alibi, & probat *l.13.ff.de re iudi. l.72.84.& l.112.§.1.ff.de verbor.obligat.* Atqui ſtipulatio rem tradi eſt obligatio faciendi *l.ſtipulationes.72.pr. ff.de verb. oblig.* vbi ſic ICtus ſcribit: *Stipulationes non diuiduntur earum rerum, quæ diuiſionem non recipiunt, veluti via, itineris, actus, aquæductus cæterarumq; ſeruitutum. Idem puto & ſi quis faciendum quid ſtipulatus ſit, vtputa fundum tradi, vel foſſam fodi, vel inſulam fabricari, vel operas vel quid his ſimile, &c.* Ecce hîc expreſſe *fundum tradi* proponitur exemplum faciendi ſtipulationis. Quocirca, ſicut ex faciendi obligationibus ad faciendum non agitur, ita quoque ex obligationibus tradendi non agetur ad tradendum. Et quamq; Ant.Fab.reſpondeat, etſi factum in traditione verſetur, illud tamen factum non eſſe ex illorum genere, quæ, vt quis faciat, cogi non poſſit ſine vi & impreſſione, nec nudum continere factum traditionem, ſed tale factum, quo poſſeſſio transferatur, quod etiam iudicis officio & manu militari extorqueri poteſt. *l.68.ff de rei vindic.*

Veruntamen quod tale factum ſit traditio, quod vi & impreſſione à volente & inuito extorqueri valeat, non concedo, ſiquidem talis vis & impreſſio non minus libertatem ciuis Romani imminueret, quam ſi ad quoduis aliud factum vi cogeretur: Non obſtante *d.l.68.ff.de rei vindic.* Nam loquitur ea *l.68.* de vindicatione, ſiue actione in rem, qua dominus rem ſuam, ab alio poſſeſſam, ſibi reſtitui poſtulat: In hac vero idcirco præciſe ad rei reſtitutionem agitur, quoniam æquiſſimum eſt dominum rem ſuam recipere, nec ea, facto alterius, ſpoliari, aut priuari: vt taceam quod diuerſa ſint *tradere* & *reſtituere*, vt ita quatuor termini in argumento propoſito contineantur.

2. Confirmat deinceps hanc ſententiam noſtram *l. 4. Cod.de act.empt.* vbi ita Impp.Dioclet.& Maximin. *Si traditio rei venditæ, iuxta emptionis contractum procacia venditoris non fiat, quanti intereſſe compleri emptionem fuerit arbitratus præſes prouinciæ, tantum in condemnationis taxationem deducere curabit.* Nec eludi poteſt vis huius textus ea reſponſione, qua nonnulli reſpondent in *d l 4.* Venditorem cõdemnari in id quod intereſt, quamuis procacia rem non tradat, ſi modo iudex velit; adeoque iudicis arbitrio relinqui, vtrum velit eum, qui tradere promiſit, ad tradendum condemnare.

Nam refellitur hæc reſponſio aperte verbis ipſius textus, quibus dicitur, iudicem DEBERE curare, vt condemnet venditorem in id quod intereſt; vnde relucet hoc ipſum, quod condemnandus eſt ex tradendi obligatione promiſſor ad tradẽdum, nec relinquatur arbitrio iudicis, ſed iuris neceſſitati ſubiiciatur.

3. In *l.ex empto.11.§.idem ait.ff.de act.emp. & l.1.ff.eod.* diſerte affirmatur, quod emptor, ſi rem venditam non tradat, in id quod intereſt conueniatur.

4. In *l.6.C.de hæred.& act.vend* Sed quoniam, inquit Imperator, cõtractus fidem fregit, alienando ſcilicet res hæreditarias,

nec eas tradendo, qui tibi hæreditatem vendiderat, ex empto actione conuentus quanti tua intereſt, præſtare cogẽdus eſt. Non, ait Imperator, cogetur vt tradat, ſed dicit, vt præſtet, quanti tua intereſt. Igitur qui tradere promiſit, non ad tradendum, ſed ad intereſſe tenetur.

5. In *l. 12. ff. de act. empt.* Celſus ita ſcribit: *Si iactum retis emero & iactare rete piſcator noluit, incertum eius retis æſtimandum eſt. ſi quod extraxerit piſciũ reddere mihi noluerit, id æſtimari debet, quod extraxerit.* vtroq; ergo caſu præciſe & omnimodo non cogitur iactare rete, & tradere captos piſces, quos tamen vendiderat; quique in promptu erant.

6. In *l. 17. C. de fidei inſtrum.* Iuſtinianus ſancit, precio ſtatuto, neceſſitatem venditori imponi vel contractum venditoris perficere, vel id quod emptoris intereſt ei perſoluere.

7. In *l. 10. C. de act. empt.* venditor carnis, qui, fide rupta, carnem non tradidit, conuenitur in id quod intereſt.

8. Addunt nonnulli & hanc rationem, quod id quod noſtrum eſt, ſine vlla volũtate noſtra non tranſeat, nec res inuito domino auferatur *l. 9. §. 1. in fine. ff. de iure dot. l. 25. §. 1. ff. ſolut. mat. §. per traditionem. Inſt. de rerum diuiſ.* At ſi venditor cogeretur rem ſuam inuitus tradere emptori, res domino, hoc eſt, venditori (qui etiam poſt venditionem perfectam, re nondum tradita, dominus manet,) auferretũ. Quapropter, qui tradere promiſit, cogi nõ põt ad tradẽdũ, ſed pſtatione eiusq; intereſt liberatur.

*Ad primũ* vero contrariæ opinionis argumentum reſpondeo: Initio quidem in obligatione eſſe traditionẽ illamq; deberi, ſed poſtquam lis conteſtata eſt, deſinere in obligatione ac præſtatione eſſe, & per quandam quaſi nouationẽ in obligatione incipere eſſe id q intereſt *arg. l. 84. ff de verb. obl g.* Et confirmatur textu ſatis dilucido in *l. 1. ff. de act. empt. pr.* vbi ita ICtus: *Si res vendita non tradatur, in id quod intereſt emptoris, hoc autem interdum precium egreditur, ſi pluris intereſt quam res valet, vel empta eſt.* Et in *l. 11. §. 2. eod. tit.* cum ICtus ſcripſiſſet, inprimis rem ipſam præſtari debere, hoc eſt, tradere, ſubiicit poſt in *§. 9. eiuſd. l.* Non tradentem, quanti intereſt condemnari.

*Ad ſecundum* reſpondeo, in faciendi obligationibus, qualis & hæc eſt, de qua nos loquimur, conuenit quidem de faciendo ſeu tradendo, ſed tamen ita, ſi factum non ſit, quod fieri promiſſum eſt *l. 72. ff. de verb. oblig.* Et intelligitur ſatis ex iis, quæ prox. præc. dicta fuerũt. Deinde in faciendi obligationibus promittitur factum quidem verbis, re autem & ſententia contrahentiũ deducitur id quod intereſt creditoris.

*Ad tertium* reſp. Venditorem rem venditam tradere oportere, vt hæc traditio ſit in obligatione, verũ initio, quamdiu tẽpus faciendi nõ tranſierit *d. l. 72.* Deinde venditorẽ oportet rẽ tradere, non ſimpliciter & abſolute, ſed ſub cõditione, ſi velit liberari petitione & condẽnatione. Neceſſitas proinde hic intelligitur, nõ abſoluta ſed contingentiũ: Atq; hoc ipſum Paulus in ead. *l. 11. §. idẽ ait.* ita interpretatur, vbi ait, non tradentẽ quantum interſit, condemnari.

*Ad quartum* reſpondetur: Id quod dicitur, actionem ex empto eſſe ad hoc vt poſſeſſio emptori tradatur, ſic accipiendum eſt, vt actio hæc non ſit rectà, ſed oblique ac per conſequentiam: quia actio ex empto eſt in id quod intereſt, ſi res vendita non tradatur, & hoc recta *d. l. 1. prin. de act. empt.* ſed in conſequentiam metu huius præſtationis conſequitur emptor vt res vẽdita ſibi tradatur: Venditor enim hanc præſtationem metuens, cogetur rem tradere per conſequentiam huius metus, non recta, cum actio directa ſit in id quod intereſt, vbi res vendita non traditur.

*Ad quintum* reſpondetur iudicem in *d. l. fin. C. de fideicom. libert.* reprehendi qui reũ cõdemnauerat in litis æſtimationem, qui cõdemnandus fuerit, vt ſeruum legatum liber-

Digitized by Google

libertatis imponendæ gratia legatario daret. Libertas autem à nomine, niſi domino datur, itaq; in propoſita facti ſpecie nõ tenebatur, nec obligatus erat hæres ad faciendum, ſed dandum: Atque ita ad præſentem quæſtionem non pertinet, ꝙ de faciendi obligatione adductum eſt.

*Ad ſextum* reſpondetur; ad probationem aſſumptionis, venditori aut cuiuis alii debitori, ad tradendum aut faciendũ obligato, nequaquam dari electionẽ ſoluendi intereſſe, vel tradendi: Sed debitorem teneri præciſe ad intereſſe. *l.84.ff.de verb.oblig.* Et ſatis in ſuperioribus oſtenſum eſt poſt litem conteſtatam non amplius in obligatione aut præſtatione eſſe factum. Quod autem Anton.Fab.de ſtipulatione fundum dari, ait, ex ea præciſe cogi debitorem ad dandum, neq; ei concedi optionem: Verum quidem eſt, ſed tamen impertinẽter huc adducitur, ſiquidem nobis hoc loco diſputatio non eſt de dandi, ſed de tradendi obligationibus, & notum alias eſt, ex dandi obligationibus ad dandum aliquem teneri; ex eo tamen non recte colligitur, idem & in faciendi obligationibus obtinere: Nam differentiam inter dandi & faciendi obligationes, quoad noſtrum propoſitum, paulo ſupra oſtendimus: Neque vero, quia ſtipulatio ſtricti iuris eſt, ideo intereſſe ex ea peti nequit: Nam referre puto, vtrum intereſſe præſtetur vt acceſſio, an vice rei principalis; priori caſu ante litem conteſtatam nõ debetur, poſteriori vero quouis tempore ex ſtipulatione faciendi debetur.

*Ad ſeptimum* reſpondetur, illud non ſolum nulla ratione ſuffultum eſſe, ſed inſuper etiam rationi & iuri recta aduerſari: Quis enim vnquam legit, cum duo alternatiue debentur, electionem eſſe creditoris; quod enim debitoris ſit, legitur in *l.plerumq;.10.in fine.ff.de iure dot.l.2.§. Scæuola.ff.quod certo loco.* Præterea negatum antea fuit, ex tradendi obligatione alternatiue deberi rem, & factum, vt alterutrum peti poſſit, & contrarium euidentiſſimis argumentis oſtenſum eſt.

*Ad octauũ* reſp, non ſequi, venditor cogendus eſt implere contractum: ergo cogendus eſt ad rem ipſam tradendam; ſiquidem & tum reuera contractum adimplet, quãdo intereſſe præſtat *l.1.pr.ff.de act. empt.* At, inquis, intereſſe præſtare coactus fuiſſet emptori, etiamſi dominus rei factus non fuiſſet: Id enim verum quidem eſt, non tamen ex eo recte infertur, poſteaquam iam dominus factus ſit, cogendũ eſſe ad rem ipſam tradendam: Nam cur in *d.l 46.* nominatim hæc conditio exprimatur, ſi medio tempore dominus factus ſit, hoc ideo factum eſſe conijcio, quia dubitari poterat, vtrum etiam venditor, iam rei venditæ dominus factus, teneatur venditionẽ implere. Ratio dubitandi erat, ꝙ ſucceſſerit rei domino: ſicut autem dominus non tenebatur emptori, ita videri poterat nec venditor, qui in domini locũ & ius ſucceſſerat, teneri: Sed tñ, hac non attenta ratione, reſpondetur, venditorẽ nihilominus teneri contractum adimplere, ꝙ fieri diximus, ſi id ꝙ intereſt præſtetur.

*Ad 9.* reſp. Argumentum iſtud à contrario ſenſu eſſe deductum, ꝙ non valet, vbi leges ſunt in contrarium, vt in ꝓpoſita q̃ſtione plurimæ leges, ſupra adductæ, contrariam ſententiam valide confirmant.

*Ad 10.* reſp. Donellus ex *d.§.alia l.de donat.* duabus de cauſis non recte ſic inferri. 1. Quia in *l.ex empt.ff.de act.emp.pr.* dicitur, vẽditorem oportere rem præſtare, id eſt, tradere, quod nihil aliud eſt, q̃ vẽditorem neceſſum habere rem tradere: Et tñ eadẽ in lege ſubiicit Paulus; venditorẽ non tradentem, in id ꝙ intereſt condemnari. Nõ pugnant igitur hæc, neceſſum habere tradere, & nihilominus in id ꝙ intereſt condemnari. Deinde reſp. in *l.prætor.§.vl l.ſi quis ex argentarijs in pr.ff.de eden.* dicitur, argẽtarios cogi rationes ſuas edere. Item cõpelli eos ad edẽdũ, & tñ eodẽ titulo conſtanter traditur, ſi nõ edant nõ idcirco cogi p̃ciſe



Digitized by Google

edere, quantumuis rationes apud ſe habeant, ſed actionem eſſe in id quod intereſt *l. ſi quis ex argentar. §. Ex hoc edicto. l. vlti. ff. de edend.* Ergo venditor non abſoluta neceſſitate tenetur ad tradendum, ſed neceſſitate ex hypotheſi, niſi velit in id quod intereſt condemnari.

Ad poſtremum reſpondetur negando ex venditione obligatum eſſe venditorem ad rem dandam, hoc eſt, dominium rei transferendum, cum ſufficiat tradidiſſe poſſeſſionem rei.

*Lit. T. Qu. 8. An in contractu emptionis venditionis circumuentio ſit licita?*

Cæterum ſicut venditor mercem venditam emptori, ita emptor precium venditori præſtare tenetur *l. 13. §. offerri. ff. de act. empt.* Circa precium autem licitum eſſe contrahentibus naturaliter ſeſe circumuenire cum Pomponio ICto ſtatuit Vlpianus in *l. 16. §. 3. ff. de minorib.* Id quod, Interprete Donello hanc ſententiam habet; Licere quod minoris eſt, pluris vendere & quod pluris eſt minoris emere, dummodo ad eam rem nulla machinatio, ſeu nullus dolus adhibeatur, & ita licere, vt quamuis minus ſit precium aut maius, quam oportet, tamen non liceat ob eam cauſam venditionem reſcindere, inuito altetutro.

Sed vtrum hoc etiam charitati proximi & diuino iuri conuenit, maxime dubitari poſſet: præceptum ſiquidem eſt diuinum, proximi bona appetenda non eſſe *Deuter. 5.* At vero ſi permitteretur proximum in emptionis-venditionis cōtractu circumuenire, vtrique ipſi facultas daretur appetendi proximi bona.

Nec ad rem facit quod aiunt quod hoc ſit votum emptionis-venditionis contractum ineuntium vt emptor minori emat, venditor vero maiori pretio vendat: Hoc enim votum dilectioni proximi, qua quiſque ſuum proximum diligere debet vt ſe ipſum, & præcepto Dei è diametro repugnat.

Non minus etiam aduerſatur præcepto Apoſtoli prohibentis ne frater fratrē in commercio & negotiatione circumueniat.

Quanquam igitur ſententia Pomponij *in d. l. 18. §. 3. ff. de minoribus.* politica quadam & ciuili ratione defendi queat; difficile tamen eſt, cum diuinis legibus & Decalogi præceptis eam concordare & conciliare.

Et ſane Iohannes Imbertus IC. Gallus celeberrimus non ſine ratione circumuentionem iſtam improbaſſe videtur velut æquitati Iurique diuino contrariam: quantumuis eum Antonius Faber *decad. 9. Error. pragmat. 1.* hoc nomine reprehendat. Ego in ea ſum opinione ICtos noſtros hactenus ſaltem circumuentionem iſtam admittere, vt contractus propterea reſcindi non debeat, quamdiu ſcilicet vterque contrahens læſionem & circumuentionem ignorat: quod ſi circumuenienti de læſione conſtare incipit puto contractum reſcindi vel actorem ex huiuſmodi contractu agentem doli exceptione ſubmoueri poſſe, quia, etſi ab initio in dolo non fuerit, qui alterum in pretio ignorans circumuenit, ſi tamen poſtea, circumuentione cognitâ, agere ex contractu perrexerit, incipit ex eo tempore in dolo eſſe; Id quod aperte cauetur *l. ſi quis cum aliter. ff. de verbor. obligat.* quo in loco ita ICtus ſcribit: ***Si quis cum alter eum conueniſſet obligari, alter per machinationem obligatus eſt, erit quidem ſubtilitate iuris obſtrictus, ſed doli exceptione vti poteſt, quia enim per doli exceptionem obligatus eſt, competit ei exceptio: Idem eſt etſi nullus dolus interceſſit ſtipulantis, ſed ipſa res in ſe dolum habet; cum enim quis petat ex iſta ſtipulatione hoc ipſo dolo facit, quod petit.***

Nec puto ſaluâ conſcientia circumuenientem in contractu emptionis alterum poſſe, deprehenſa & cognita iſtâ circumuentione, bonâ conſcientia & ſaluo præcepto Dei, ſupra allegato, id, quod ex circumuentione iſta lucratus eſt retinere; Atq; in hoc puncto LL. ciuiles vt & alias ſemper

Digitized by Google

ſemper ſeſe diuinis legibus accommodare debent.

*Eit. E.* Et ita contractus emptionis-venditionis mutuo contrahentium conſenſu de re vendita, ſiue mercedeque precio, perficitur; completur vero & conſummatur pretij ſolutione ex parte emptoris, & rei traditione, ex parte venditoris. Iter vero prius contractum adimplere teneatur, quæſtionis eſt? Et verius eſt eum teneri prius contractum emptionis adimplere, qui prior ex contractu agit: Et ratio eſt, quia alias agenti obſtabit exceptio: Vnde ſi prius ad rem tradendam egerit emptor, precium ſoluere debet: Et non prius agendi facultatem competere emptori, quam ex ſua parte contractum adimpleuerit & precium ſoluerit, ſtatuit Weſenbec. *in paratitl. Dig. de act. empt. n. 6.* Quod & rationem habere æquiſſimam videtur; qua enim fronte petet ſibi adimpleri à venditore contractum & precium ſolvi, cum nec ipſe ſua ex parte contractui ſatisfecerit *l. 33. ff. de ſolut.* Et hoc ipſum amplius in *l. 13. §. offerri. ff. de act. empt.* Vlpianus claris verbis aſſerere videtur, *offerri,* inquiens *precium ab emptore debet, cum ex empto agitur & ideo etſi precii partem offerat, nondum eſt ex empto actio; venditor enim quaſi pignus retinere poteſt eam rem, quam vendidit.*

Cæterum hæc ſententia ita accipienda mihi videtur, non quod ipſo iure agere emptor impediatur, non ſoluto precio, ſed quod agere quidem poſſit ante precii oblationem vel ſolutionem, ſed actio iſta per exceptionem repellatur: adeoq; pretium offerri debet non ad hoc vt actio naſcatur, ſed vt actio efficax naſcatur, quæ exceptione elidi nequeat. Et hunc eſſe ſenſum *d. l. 13. §. offerri. ff. de act. empt.* paulo ſupra oſtenſum fuit.

Qu. 9. *Si vẽditor non petierit nec vr-ſerit pre-* Quid igitur dicendum ſi venditor non petierit pretium ſibi ſolui, anne admittetur emptor de re vendita agens, an vero actione ſua à limine iudicij repelletur? Repelli ipſum debere, ſtatuit noſter Autor, ideo quia in *dict. l. 13. §. offerri. ff. de act. empt.* vbi expreſſe dicitur offerri precium ab emptore debere, cum ex empto agitur: vtitur ICtus verbo *oportet* quod neceſſitatem importat & hoc vult, ad hoc, vt ex empto agi poſſit neceſſariam eſſe precij oblationem: Vnde ſequi videtur, ſi oblatum precium non fuerit, deficere actionem empti. *cij ſolutionẽ an audiri debeat emptor rẽ ſibi tradi petens?*

2. Deinde ſubijcit ICtus, ſi pretij partem duntaxat offerat non eſſe ex empto actionem: proinde etſi venditor precij ſolutionem non vrſerit nec exegerit ab emptore, non tamen agere poterit, actione deficiente qua experiatur.

Sed tamen mihi hæc opinio nunquam placere potuit: *Tum* quia contractus emptionis ſolo conſenſu perfici dicitur & perfectus etiam reputatur, quamuis precium ſolutum non fuerit *pr. & §. 3. ff. de contrahend. empt.* perfectus autem contractus parit obligationem & mediante obligatione, actionem, qua quiſq; debitore ſuo inuito, agat & ius ſuum conſequatur, ſaluis tamen debitori exceptionibus *§. 1. & §. fin. I. de obligat. §. 1. I. de act.* & alias quoq; notiſſima eſt philoſophorũ regula quod, poſitâ cauſa perfecta, ponatur etiam effectus: Nec exceptio actionem naſci impedit, ſed natura duntaxat elidit & excludit *l. 1. & tot. tit. Dig. de Except. pr. I. eod.* Quocirca emptor pretium non offerens, ſiue oblationem petierit venditor, ſiue non, agere poteſt, ſed ita vt à venditore per exceptionem repelletur.

Nec me mouet prius argumentum ex *d. l. 13 §. offerri.* deſumptum, quod videlicet offerri precium oporteat vt ex empto actio naſcatur: Intelligendus eſt enim textus iſte de actione ex empto efficaci & plane valida, quæ exceptione elidi & excludi nequeat, vt ratio à nobis modo adducta perſpicue demonſtrat.

Idem etiam de ſecundo argumento reſponderi debet: Quocirca ſi venditor iure ſuo vſus non fuerit, nec exceptione vẽditi

*empt.Idem* Vlp.*Si quis, colludente,ait,procuratore meo ab eo emerit,anpoſſit agere ex empto? & puto hactenus, vt aut ſtetur emptioni aut diſcedatur.* In hac facti ſpecie, itidem dolus cauſam dans interceſſit,dolo ſi quidem procurator alterius inductus fuit, vt contraheret & venderet,nihilominus tamen contractus ſubſiſtit,ſic vt exinde agi poſſit actione empti, vt aut ſtetur emptioni,aut diſcedatur ab ea.

4. Idem confirmat quoque *l* 11.§.*ſi quis virginem, ff.de.act.empt.* vbi proponitur dolo venditoris aliquis inductus, vt mulierem pro virgine emeret, quam empturus non fuiſſet, ſi non virginem, ſed mulierem eſſe ſciuiſſet.

5. In *l.9.pr.ff.de dolo.* Vlpianus ait,*ſi quis affirmauerit minimam eſſe hæreditatem & ita eam ab herede emit,non eſt de dolo cum ex vendito ſufficiat.* Hic iterum proponitur quis dolo ad emendum inductus atque perſuaſus,& tamen contractum ſubſiſtere,ſic vt exinde agi poſſit,aſſeritur.

6. In *l.Vnde ſi Nerva* 8.*pro ſocio* Paulus ſcribit:*Si Nerua arbitrium ita prauum eſt,vt manifeſta iniquitas eius appareat,corrigi poteſt per iudicium bonæ fidei.* Hic ſine vlla doli incidẽtis & cauſam dantis diſtinctione,aſſeritur, dolum iudicio bonæ fidei emẽdari.

7. In *l.3. C.ex quibus cauſis maior.* Dioclet.& Maximi.reſcribunt;In *contractibus, qui bonæ fidei ſunt etiã maioribus officio iudicu. cauſa cognita,publica iura ſubueniunt.* Subueniunt autẽ vel actione,vel exceptione, vel in integrum reſtitutione, quodnã ex his tandem dicamus, ſequetur contractũ non eſſe ipſo iure nullum.

8. In *l. maioribus,3. commun. vtriuſque iudicii,*iidẽ Imperatores clare ſignificant,cõtractus dolo initos nõ eſſe nullos,ſed ſubſiſtere actionemq; qua dolus iſte emẽdetur,parere: verba hæc ſunt:*Maioribus ẽt per fraudẽ vel dolũ,vel ꝑperã ſine iudicio factis diviſionibus, ſolet ſubuenire, quia in bonæ fidei iudiciis, quod inæqualiter factum eſſe conſtiterit,in melius reformabitur.* Nec ſane quicquam, quod probe obſeruandum,Impp.diſtinguunt, vtrum dolus inciderit in contractum,an ei cauſam & initium præbuerit; diſtinxiſſent autem proculdubio Impp. ſi hoc modo deſtinguendum putaſſent.

9. Inſuper huc quoque facere videtur non parum, *l.12.§.1.ff.de iure dot.vbi* Vlpianus:*Si mulier ſe dicat circumuentam minoris rem æſtimaſſe, vtpote ſeruum: Siquidem circum in hoc vẽta eſt quod ſeruum dedit, non tantum in hoc,quod minoris æſtimauit,in eo acturam,vt ſeruus ſibi reſtituatur. Enimuero ſi in æſtimationis modo circumuenta eſt, erit arbitrium mariti, vtrum iuſtam æſtimationem, an potius ſeruum præſtet.* Hic, ex ſententia Iohannis Roberti , duo caſus diuerſi proponuntur, vnus, quo mulier in hoc circumuenta eſt, vt eum ſeruum in dotem daret, alias non datura. Alter, quo in precio eſt circumuenta. Priore caſu electio tribuitur, vtrum ex æſtimato agere velit ad iuſtam æſtimationem; An vero rem ipſam ſibi reſtitui petere: Cui conſequens,& iſto caſu, quo dolus contractui initium dedit, eum ipſo iure nullius eſſe momenti.

10. Et ſane cum inter contractus bonæ fidei & ſtricti iuris nulla poſſit certa & conſtans dari diuerſitatis ac differentiæ ratio, cur illos dolus initium contractui dans ipſo iure nullos reddat; hos vero non item, dicendum & concludendum omnino videtur, dolum quantumuis cauſam dantem,non efficere,vt contractus ipſo iure ſit nullus.

Cæterum contraria opinio verior eſt ac crebriori calculo approbata :eamque ſequuntur & amplectuntur Donellus ad *l.ſi quis cum aliter, ff.de verb. obligat.* Gœdd.*de contrahend.& committend.c.3.nu. 112.& ſequentibus.Cuiac.in Mercatore lib.3.c. 1.2.3.4.& 5.& in d.l.ſi quis aliter.* Caſtel.*in l. 7.in pr.ff.de dolo,*& ibid.Antonius Faber in *Rational.*Henricus Bocer.in *l.23.de R.Iur.c. 2.n.13.& ſeqq.*Anton.Faber in *Error.pragm. dec.9.Error.* 1.Mynſ.*cent.6.obſ.*38.*n.6.* And. Gail.

Digitized by Google

Gail. 2. *obſeruat. 2. n. 6. Quibus & ego libenter ſubſcribo.*

Primo enim ſtabilitur hæc ſententia, *l. 7. pr. ff. de dol. malo.* vbi Vlpianus *Nec videtur huic ſententiæ aduerſari quod Iulianus lib. 4. ſcribit: Si minor annis viginti quinque conſilio ſerui circumſcriptus eum vendidit cum peculio, emptorque eum manumiſit, dandam in manumiſſum de dolo actionem: Hoc enim ſic accipimus carere dolo emptorem, vt ex empto teneri non poſſit, aut nullam eſſe venditionem, ſi in hoc ipſo, vt venderet circumſcriptus eſt: his verbis clare* & perſpicue ſignificatur, ſi quis dolo, vt venderet circumuentus & inductus fuerit (quem dolum appellant cauſam contractui dantem) contractum eſſe nullius momenti ſeu vt Vlpianus loquitur, emptionem nullã eſſe.

2. Idemque plane confirmat, *l. 16. §. 1. ff de minor.* quo & ipſo in loco: ſi minor circumſcriptus ſocietatem coierit, vel etiam donationis cauſa, nullam eſſe ſocietatem, nec inter maiores quidem, & hoc ita, vt partes prætoris ceſſent, & ipſo iure munitus ſit minor.

Non equidem me latet Iohannem Robertum ad hoſce textus, modo adductos, reſpondere emptionem venditionem, nec non ſocietatem nullam eſſe, non quoad ſubſtantiam contractus & obligationis, ſed ſaltem quoad effectum, quoniam venditor vel ſocius ſic dolo inductus habeat actionem, vel exceptionem ex ipſo contractu ad annulandum & reſcindendum, ſi malit.

Verum huic reſponſioni primo refragatur, quod diuerſa hæc ſint & diſſimilia, contractum eſſe nullum & contractum eſſe annullandum, nec ICtus in textibus adductis aſſerat, contractum eſſe annullandum, ſed nullum eſſe.

2. Quod in vtroque textu quæſtio ſit propoſita de minore, quando ipſi reſtitutio in integrum ſit neceſſaria? Ad eamque ICtus reſpondeat, non eſſe neceſſariam, cum minor iure ipſo munitus eſt, eiuſque exemplum adducit contractum venditionis & donationis ad quem ineundum dolo minor fuerit inductus. Quod ſi contractus valeret, vt Robertus opinatur, reſtitutione vtique in integrum opus eſſet ad eum reſcindendum & infirmandum. Adde, quod expreſſe dicat ICtus, ita ſocietatem eſſe nullam, vt partes prætoris ceſſent; Iam vero partes prætoris eiusq; officium nõ ceſſarent, ſi contractus ſubſiſterent, & officio magiſtratus reſcindendus eſſet.

3. In *l. 3. §. vlt. ff. pro ſocio.* Paulus ſocietatem, ſi dolo malo, aut fraudãdi cauſa coita ſit, ipſo iure nullius eſſe momenti aſſerit, quia bona fides cõtraria ſit fraudi & dolo.

Nec audiendus hic Rob. quando in *d. l. 3* de ea ſocietate agi reſpondet, quæ fiat in tertii fraudem, vt ſi duo contrahant ſocietatem veneficii, aut latrocinii cauſa, qualem ſocietatem nullius eſſe momenti ICtus aſſerat, quia non vnius duntaxat, ſed vtrusque dolus cauſam præbuerit contractui.

Recte enim Gœddæus hanc interpretationem reiicit, quia apertum ſit, Paulum non tractare de rebus in contractum ſocietatis deducendis, ſed de forma ac modo contrahendi, quia ad id, quod proponit Paulus, adhibet omnibus notam hanc regulam, quia fides bona contraria eſt fraudi & dolo, quæ ſane non quadraret ad propoſitum, ſi vera eſſet Roberti interpretatio.

His non refragantur argumenta Roberti cæterorumque diſſentientium ſupra enumerata: Ad primum enim reſpondeo, legem *ſi dolo 5. C. de reſcind. vendit.* nobis non refragari, nec Roberto patrocinari, quia exinde non conſtat dolum de quo ibidem agitur cauſam dediſſe contractui & venditorẽ ad vendendũ induxiſſe: Etſi enim proponatur ibidem dolo circumuentus prædii venditionem feciſſe, tamen & ille recte dicitur dolo circumuentus vendidiſſe, qui non fuit ad vẽdendum dolo adductus, ſed in ipſo contractu

circa

Digitized by Google

circa pretium rei dolo circumuentus. Deinde poſito eo, quod dolus contractui cauſam præbuerit, exinde tamen nō ſequitur, quod contractus ſubſtiterit: verbum enim reſcindi ſæpe ad actus iure inualidos refertur, vt in *l.1. §.1.ff.de feriis.in l.43. §.2.ff de vulg.& pupill.ſubſtit.tot.tit.de ſentent.quæ ſine appellat.reſcind.* non, vt reſcindantur ac reſoluantur quatenus iure valuerunt ac ſubſtiterunt; ſed ſolum quatenus de facto proceſſerunt, vt quod ex illis hinc inde profectum eſt in priſtinum ſtatum reſtituatur. Proinde in *dict.l.5.* ſic venditio reſcindi iubetur, vt quæ data & tradita ſunt reuocentur vindicatione & condictione ſine cauſa: cur enim vindicatio hoc caſu non detur, nil video; ſiquidem ex venditione, quæ nulla fuit, dominium transferri non potuit. Et rem ſine cauſa apud emptorem eſſe apertum eſt, vt ita locus condictioni ſine cauſa poſſit. Et quanquam Antonius Faber ideo vindicationem & condictionem ſine cauſa hoc caſu dari neget, quia actio doli competat, cui locus non ſit, quotiens aliæ actiones competunt, *l.1.ff.de dolo*; id tamen, quod præſupponit, in caſu *dict. l.5.* doli actionem competere, non probat, nec etiam in *d.l.5.* vllo exprimitur verbulo. Ipſe Antoninus Faber reſpondet: venditionē ipſo iure nullā eſſe, cui dolus cauſam dedit, ſi nempe in puris conuentionis finibus ſteterit: verum ſi traditio ſecuta fuerit incipere habere vires, non quia traditio vlla poſſit transferre dominium quā titulus venditonis, aut alius non præcedat, *l.30.ff.de acquir.dom.* ſed quia, quod fauore venditoris conſtitutum eſt, vt venditio in qua circumſcriptus eſt, ipſo iure ſit nulla, non debeat ei nocere, ſi malit venditionem ſtare, vt malle videatur rem tradidit, ne, quod in fauorem eius introductum eſt, id in odium eius detorqueatur. Sane veriſſimum puto ſi velit venditor contractum potius valere ſibique pretium ſolui, quam eūdem reſcindi, non eſſe locum reſciſſioni, non ſolum ob rationem ab Antonio Fabro modo aſſignatam, ſed etiam propterea, quod dolus nemini debeat, niſi circumuenienti, nocere, *l.155.de R.iur.* Hic autem ſi, inuito vēditore, recederetur à contractu, dol⁹ emptoris noceret ipſi, qui bona fide contraxit. Denique nec emptor, qui dolum fecit, petere poteſt contractum reſolui propter dolum admiſſum; quia ſic propriam allegaret turpitudinem, quo caſu audiendus vtique non eſſet.

Ad ſecundum in *l.13.§.ſi venditor.verſic. per contrarium*: non agitur de dolo cauſam dante, ſed ſolum de dolo incidente; non enim in hoc circumuentus erat heres, vt villico hereditatem venderet, ſed vt quaſi minimo valeret venderet; idque inde liquet, quod decepto non detur actio ad reſoluendum contractum, quæ tamen ex ſententia Roberti & reliquorum diſſentientiū datur, quotiens dolus cauſam cōtractui prębuit, ſed datur actiō venditi in tantum, quanto pluris hereditas valeret rebus iſtis non ſubtractis. Deinde in iſto *§. ſi vendit.* proponuntur duo caſus, quorum prior de dolo incidente agit, id quod ſatis eſt perſpicuum; conſequens itaq; eſt, vt & poſterior, qui in obiecto *verſic.per contrariū*, proponitur atq; prior oppoſitus & contrarius eſt, itidem de dolo incidente loquatur; cum oppoſita ratione eiuſdem opponantur, eodemque reſpectu ſemper intelligantur.

Ad tertium. In *§.ſi quis colludente, d.l.13.* nemo dolo erat inductus ad contrahendum, non principalis ille, cuius nomine contrahebatur, quia is ipſe contrahebat; nec procurator, vt qui ipſe doloſe colluſerat, hoc eſt paſſus erat ſe, vel potius dominum, decipi ac dolo malo circumueniri.

*Ad quartū.* Conſimiliter nec in *d. l. 11. §. ſi quis virginem.* de dolo cauſam dante, ſed ſolum de incidente agitur: erat enim empturus fœminam iſtam; ſponte etiam

acceſſerat eius venditorem, ſed in qualitate fæminæ ſaltem fuit deceptus, quod pro virgine mulierem emerit: quin etiam in textu non dicitur venditorem dolo induxiſſe, aut circumueniſſe emptorem, vt emeret, ſed eum ſaltem errare paſſum fuiſſe.

*Ad quintum.* In *d. l. 9. pr.* non tractari de dolo cauſam dante, ſed de dolo incidente, ſiquidem circa pretium venditor fuit circumuentus & dolo inductus, vt hæreditatem, quaſi minimam, minoris venderet, qualis dolus, ex omnium ſententia incidens eſt.

*Ad ſextum* idem plane reſpondendum: nam quod in *d. l. 8.* dolus Neruæ incidens fuerit, id hinc liquet, quod Neruæ iniquũ dicitur fuiſſe arbitrium. At illud arbitrium non ſpectauit, eo, vt contraheretur, ſed pertinuit ſolũ ad res in contractũ deducendas, æſtimandas. Præterea non conſtat Neruam fuiſſe in dolo, quandoquidem fieri poteſt, vt aut imperitia quadam, vel errore, aut rei ipſius precii ignorantia iniquum fuerit arbitratus abſque vllo dolo malo & fraude.

*Ad ſeptimum* Reſp. in *l. 3. C. ex quib. cauſ. maior.* non agi de circumuẽtione doloſa, ſed ea, quæ fit ſine vllo fraudandi propoſito. Præterea iura publica dolo ad cõtrahendum inductis ſubueniunt non ita, vt contractum remedio aliquo reſcindi & infirmari iubeant, ſed, vt ne quidem ab initio, eum ſtare patiantur ſed irritum & iure ipſo nullum pronuncient.

*Ad octauum.* Reſp. in *l. 3. C. comm. vtriuſq;* agi de dolo; ſed de incidente, non verò de dolo cauſam dante, idque patet ex iis, quę pro noſtra ſententia adduximus: nec ſane ſequitur, *dolus eſt: Ergo eſt dolus cauſam dans contractui*; à poſitione quippe generis ad poſitionem certæ alicuius ſpeciei non procedit argumentum.

*Ad nonum.* Reſp. in ſpecie *l. 12. §. 1. de iure dot.* mulierem non fuiſſe circumſcriptam in hoc ipſo, quod dotem dederit, ſed, vt verba legis oſtendunt, in eo fuit circumuenta, quod ſeruum in dotem dederit; adeoq; & hic dolus fuit ſaltem incidens, non vero cauſum dans. Et hoc ita eſſe maniſeſtiſſime ex ipſis verbis legis apparet.

*Ad decimum.* Reſp. quod dolus, cauſam contractui dans, bonæ fidei contractum ipſo iure nullũ faciat; non autem contractum ſtricti iuris, eius ratio minime obſcura eſt. Quãquam enim bona fides, cui dolus contrarius eſt, *l. 116. de R. Iur.* omnibus in iudiciis ſpectetur, *l. 8. C. de iudiciis*, magis tamen in bonæ fidei, quam in ſtrictis iudiciis deſideratur, *l. 5. in verbis*, quæ in huiuſmodi maxime contractibus exigitur, *C. de reſcind. vendit.* conſequens eſt, vt facilius bonæ fidei contractus vitiet, quam contractus ſtricti iuris.

## RESOLVTIO THESIS *Tertia.*

Cum quæritur quinam emere & vendere quique contrahere poſſit, vel non, hęc tenenda eſt generalis regula: quemlibet contrahere itemq; emere & vendere poſſe qui non prohibetur, *arg. l. 43. §. 1. ff. de procurator. & l. 1. §. 1. ff. de teſtibus.* Prohibentur autem quidam natura, quidã lege. Natura contrahere & conſequenter emere vendere non poſſunt INFANS & FVRIOSVS: vterque ideo prohibetur quia conſentire nequit, ad omnem vero contractum deſideratur conſenſus *l. 1. §. conuentionis. ff. de pact.* maxime vero ad emptionẽ conſenſus deſideratur, vt quæ cõſenſu ſolo conſtet, eoq; perficiatur & abſoluatur *tot. tit. I. de obligat. ex conſenſu pr. & §. 3. I. de empt. vendit.*

Sed de Infante quod dicitur, eum contrahere & emptionis-vẽditionis contractum inire non poſſe, vtrumne ita intelligendum ſit vt nec tutore authore cõtractum inire valeat? non perinde expeditũ videtur. Ego, aliorum rectius ſententiũ, iudicio ſemper ſaluo, exiſtimo infantem,



Digitized by Google

tutoris, authoritate accedente, negotia recte contrahere poſſe; id quod ſequentibus argumentis confirmari & ſtabiliri puto.

1. Infans tutore auctore poſſeſſionem acquirere poteſt *l.32.§.1.ff. de acquir. poſſ furioſus vero non item.*

2. Infans, tutore authore, fideicommiſſariam hereditatem acquirere poteſt. *65.§.3.ff.ad SC.Trebell.* vbi Mæcianus ICtus *Si pupillo,* inquit, *infanti reſtituere hereditatem quis rogatus ſit, ſi ſponte adierit etiam ſeruo eius, & ipſi pupillo tutore auctore reſtituetur hereditas.* Nec obſtat huic quod in *l. 9. ff.de acquir.vel omitt.hered.* dicitur, pupillū, ſi fari poſſit, hereditatem auctoritate tutoris acquirere poſſe. Reſp. Nam hic male per argumentū à contrario ſenſu, contra textum expreſſum *d.l.65.* concluditur, infantem non poſſe, tutore auctore, hereditatem acquirere. Sicut etiam non impedit, quod tutor nomine pupilli hereditatē poſſit acquirere, *l.18.C. de iure delib.* Reſp. Nam hæc non ſunt contraria, ſed diuerſa, quæ ſimul ſtare poſſunt, tutorem nomine pupilli acquirere hereditatem, & pupillum auctore tutore hereditatem acquirere.

3. Accedit ratio etiam ſatis euidens, quod nempe iudicium infantis imbecille & imperfectum ſuppleatur à tutore, *d. l. 32. de acquir. poſſ.* Vnde ſequitur pupillum infantem illos etiam actus, qui iudicium aliquod & conſenſum ſiue animum deſiderant, tutoris auctoritate perficere poſſe.

4. Et ſane quod diuerſa ſit ratio furioſi & infantis hinc conſtat, quod in furioſo nec res ſit, nec ſpes animi; in infante & ſpes ſit & principium animi ac iudicii: ſeu in infante ſemina ſint iudicii, quæ ſuppleri poſſunt auctoritate tutoris: in furioſo autem nulla ſint iudicii ſemina, & ideo ſuppleri per curatorem & adiuuari non poſſint.

5. Inſuper infanti donatarum rerum poſſeſſio tradita acquirit, vt expreſſe Decius Imperator in *l.3.Cod. de acquir. poſſeſſ.* Rufino reſcripſit. At poſſeſſionis acquiſitio animum deſiderat.

6. In *l.1.§ 3.ff.de acquir.poſſ.* ſcribit Paulus, pupillum, auctore tutore, incipere poſſidere. Nec inter pupillum infantem, infantiæ & pubertati proximum diſtinguit. Quare quod in genere de pupillis aſſeritur; id quoque de ſingulis pupillorum ſpeciebus accipiendum eſt. Et quod de infante etiam loquatur, patet exinde, quod ſubiicit, ſi pupillus eius ſit ætatis, vt intellectum capiat, etiam ſine tutoris authoritate eum poſſidere poſſe.

His vero non aduerſatur primo, quod Paulus ICtus in *l.5. de R.I.* expreſſe atque nominatim pupillum, qui fari poteſt, diſtinguat à furioſo; ita vt furioſus nullū negotium contrahere poſſit curatoris authoritate; at pupillus, qui fari poteſt, omnia poſſit facere tutore authore; vnde inferēdum videtur, infantem nullum negotium poſſe, citra tutoris ſui authoritatem, contrahere, ſed per omnia, quoad hoc ſimilem eſſe furioſo.

Reſp. Nam primo argumentum à cōtrario ſenſu, quale illud eſt, quod ex noſtra lege modo deductum eſt; Item argumentum ab incluſione vnius ad alterius excluſionem non procedit contra textus expreſſos, quibus infantem, tutore auctore negotia quædam perficere, dicitur. Non itaque ſequitur: Pupillus qui fari poteſt diſtat à furioſo. Ergo infans non diſtat à furioſo. Preterea quod dicitur pupillum, qui fari poteſt, omnia negotia gerere poſſe, tutore auctore, ex eo non recte infertur: ergo pupillus infans nulla negotia tutore auctore contrahere poteſt. Sed ita exinde recte concluditur. Ergo pupillus infans non omnia negotia tutore authore agere poteſt. Id quod libenter & nos admittimus. Ea enim quæ verba deſiderant ſane infans facere non poteſt, *arg.l.1.pr ff.de V.O.*

Non aduerſatur, quod cum infantis nullum plane ſit iudicium, *l.1. C.de falſa moneta*, *l.Infans.ff.de l.Cornel.de Sicar.* *§.in ſumma.I.de obligat.qua ex delict.naſc.* adeo vt etiam ob hanc cauſam delinquere nequeat, *d.l. Infans.* non poſſit tutor defectum iudicii & conſenſus ſupplere. Quod enim omnino nullum eſt, id ſuppleri nō poteſt, ſed id ſolum quod imperfectum eſt.

Reſp. Hoc, inquam, non obſtat: quod enim infantis ſit aliquod iudicium, ſed imperfectum, debile, atque ad actus, conſenſu gerendos, inſufficiens, diſerte probat *d.l.32.§.2.de acquir.poſſeſſ.* vbi dicitur iudicium infantis ſuppleri auctoritate tutoris. Quapropter verius videtur, quod hic dicitur pupillum iudicium non habere, id comparate ſolum accipiendum eſſe, quod ſcilicet non habeat iudicium perfectum atque ad actum perficiendum ſufficiens. Sic enim & pupillus in genere dicitur nullum habere animi iudiciū, *§.1.I.quibus non eſt permiſſ. fac.teſt.* cum tamen proximus pubertati intellectum habere expreſſe dicatur *§.in ſumma 18.I.de oblig.qua ex delict.naſcuntur.* Intelligitur nēpe illic iudicium perfectum, quale ad teſtamenti factionem eſt neceſſarium.

Et pupillus infantiæ proximus, dicitur neque ſcire, neque decernere poſſe, non magis quam furioſus, *l.9.ff.de acquir. vel amit.hered.l.70.ff.de V.O.§.10.I.de inutil. ſtipulat.* Et tamen quin is aliquem habeat intellectum, quem ſua authoritate ſupplere poſſit tutor, adeoque authore tutore negotia contrahere valeat, extra omnem controuerſiam eſt poſitum & ſufficienter probat vel ſola *d.l.9.* præterea licet infanti intellectus non eſſet; quin tamen principium atque ſemina iudicii habeat, dubium plane nullum eſt.

Non aduerſatur quod infans comparetur furioſo in *l.1 §.3.ff.de adq.poſſ. §. 10. I.de inut.ſtipulat.*

Reſp. Nam hoc non ita abſolute ac ſimpliciter, ſed ſecundum quid duntaxat intelligendum eſt; Idque haud obſcure indicat, *d.§.10.* vbi Iuſtinianus ait, infantes non multum diſtare à furioſis; vnde colligitur, quod aliquid tamen à furioſo diſtent. Et ſane quod à furioſis differant, inde colligitur, quod infans, tutore authore, poſſit acquirere poſſeſſionem, *d. l.32.§.1.de acquir.poſſ.* at furioſus nō item, *l.18.§.1.ff.eod.* item quod furioſus, ſi ei decreto petita ſit poſſeſſio atque ipſe, priusquam mentis compos factus bonorum poſſeſſionem petierit, deceſſerit, matri non obſtet, *l.2.§.11.ff.ad Sc.Tertyll.* at infans hoc caſu obſtet matri, quia, vt ſubiicit ICtus, poſſeſſio bonorum, quæ infanti datur, non eſt ſimilis ei, quæ datur furioſo, *d.l.2.§.13.* inſuper cum in infante ſit principium atque ſemina iudicii: in furioſo autem non item, ſequitur inde infallibiliter infantem furioſo non in omnibus, nec per omnia æquiparandum.

Furioſum porro & mente captum cōſentire non poſſe exinde apparet quod dicitur ipſorum eſſe nulla mens *§.11.I.quib.mod.teſtam.infirm.* nullus animi ſenſus *l.22.§.7.ff.ſolut matrim.* hinc etiam furioſi loco abſentium habentur, in iis ſcilicet quæ animi requirunt præſentiam, *l.2.§ 3.ff.de iure Codicill.* vbi Iulianus, *Furioſus*, inquit, *non intelligitur codicillos facere, quia nec aliud quicquam agere intelligitur cum per omnia & in omnibus abſentis, vel quieſcentis loco habetur.* Et Paulus furioſum abſentis loco eſſe diſertis verbis ſcribit, *l.124.§.1.I.de R.Iur.* quin & furioſi dormientium atque ignorantium loco habentur, *l.24.in pr.ff.de oblig.& act.l.1.§.3.ff. de acquir.vel amitt.poſſ.*

Iam vero pactum requirit vtriusque paciſcentis conſenſum, *l.1.ff.de pact.* quare cum, vt hactenus oſtenſum eſt, furioſi non poſſint conſentire, ſequitur eos nec paciſci poſſe.

Cæterum furioſorum duo ſunt genera

ra; quidam enim perpetuum, nonnulli intermiſſum furorem habent, *l.pen.C.de curat.furioſi.* de his, qui perpetuo furore laborant, verum eſt quod hactenus dictum eſt, quod furioſi nulla ſit voluntas nullus conſenſus, nullum animi iudicium, & ideo non poſſit contrahere, eaque expedire, quæ animi ſenſum ac iudicium deſiderant. At vero qui intermiſſum furorem habent, quia certa habent furoris interualla, *l.furioſum, C.qui teſtam. fac.poſſ.* atque in conſpectu adumbratæ quietis ſunt, *l.quod meo, 18.ff.de acquir.poſſ.* poſſunt intermiſſionis tempore negotia tam publica, quam priuata recte gerere: nam iudicium exercere poſſunt, *l.12.& l. 39.ff.de iudic.* Et teſtamenta facere aliisve facientibus teſtes eſſe, *l.20. §. qui furioſi, Digeſt.de teſtam.l.9.Cod. qui teſtam. fac.poſſ.* Et denique quosuis contractus inire, *l.2. Cod.de contr.empt.* quia eo tempore iudicio non deſtituuntur, nec voluntate ac conſenſu carent.

Qu. 12. *An furioſus poſſit conſenſu curatoris contrahere?*

Ad quid ſi curatoris accedat conſenſus poteritne vel tunc furioſus negotium cõtrahere? Negandum videtur: Idque vi oppoſitionis iſtius, qua in *l.5.de R.iur.* opponitur pupillo, qui fari poſſit; quem cũ dicat Paulus omnia negotia tutore recte facere: poſſe, conſequens eſt vi oppoſitionis, vt furioſus ne quidem curatoris conſenſu quicquam facere poſſit: & ratio etiam huius ſatis eſt perſpicua: cum enim vt proxime oſtenſum fuit nulla ſit furioſi voluntas, nullum iudicium, nullus conſenſus, ſequitur etiam voluntatem furioſi, quæ nulla eſt, à curatore furioſi ſuppleri non poſſe: & conſequẽter quoad hoc officium curatoris deficere. Et hoc eſt, quod in *l.5.de reg. iur* dicitur; furioſum authore curatore, nullum negotium contrahere poſſe. Verum enim vero furioſum paciſci & contrahere poſſe nihilominus dicendum videtur.

1. Etenim qui tacite conſentire poteſt, is quoque poteſt contrahere & paciſci, cum ad contractum tacitus ſufficiat conſenſus, *argum.tot.titul.quib.mod.p ign. vel hypothec.tacit. contrah.L.2.Digeſt.de pact.* atqui furioſus poteſt tacite conſentire, *l. ſecunda, §.ſecundo, Digeſt.ſolut.matrim.* Vbi Vlpianus in hæc verba ſcribit: *Voluntatem autem filiæ, cum pater agit de dote, vtrum ſic accipimus, vt conſentiat, an vero ne contradicat filia. Et eſt ab Imperatore Antonino reſcriptum, filiam, niſi euidenter contradicat, videri conſentire patri. Et Iulianus lib. 48. Digeſtorum ſcripſit, quaſi ex voluntate filiæ videri experiri patrem, ſi furioſam filiam habeat: quare hinc colligitur filiæ furioſæ voluntatẽ aliquã eſſe, ſi non expreſſam, tacitã tamẽ.*

2. Quin etiam ex quaſi contractu obligari furioſum negotiorum geſtori idẽ teſtatur Vlpianus in *l.3.§ etſi 5.Digeſt.de negot.geſt.* quocirca nõ videtur ita ſimpliciter dicendũ, quod furioſus nullũ poſſit contrahere negotium, nullũ pactũ inire.

3. Accedit his quod furioſus poſſit habere fideiuſſorem, *l.Marcellus 25.Digeſt. de fideiuſſ.* omnis autem fideiuſſio obligationem aliquam præcedentem præſupponit, *§.1.I.de fideiuſſ.l. 8. ff eod.* obligatio vero præſupponit conuentionem; *§ fin.I. de oblig.* quapropter dicendum videtur furioſum contrahere poſſe.

4. Qui poteſt delinquere, is quoque poteſt paciſci, cum ad delictum non minus voluntas deſideretur, atque ad pacta & contractus: atqui furioſus poteſt delinquere, *arg.l.14. Digeſt.de offic. præſid.* quocirca furioſus quoque paciſci & contrahere poterit. Cæterum his nihil quicquam obſtantibus priorem ſententiam veriorem ac iuris fundamentis conuenientiorem iudico.

Quod enim ad *primum* Reſp. Furioſum tacite conſentire non poſſe. *1.* quia ſimpliciter & abſolute dicitur, furioſi nullum eſſe iudicium, nullum conſenſum, *l.2.Cod.de contrah.empt.* nullam mẽtem, nullam voluntatem, *l.40 de R.Iur. l. 47.Digeſt.de acquir.hered.* 2. quia Vlpianus



Digitized by Google

in *l.14.ff.de locat.* expreſſe negat, furioſum ſtacite cõſentire: ita enim ſcribit: *Qui ad certũ tempus conducit, finito quoq; tẽpore colonus eſt: intelligitur enim dominus, cũ patitur colonũ in fundo eſſe ex integro locare: & huiuſmodi contractus neq; verba neque ſcripturam vtique deſiderant; ſed nudo conſenſu conualeſcunt. Et ideo, ſi interim dominus furere cæperit, vel deceſſerit, fieri non poſſe Marcellus ait, vt locatio redintegretur. Et eſt hoc verum.* Vult nempe ICtus locationem nudo etiam conſenſu cõtrahi; adeoque tacitam eſſe locationem hinc vero negat à furioſo contrahi poſſe ex quo manifeſte ſequitur, furioſum ne quidem tacite conſentire poſſe. Et qui obſecro tacite conſentiret is, cuius nullũ eſt iudicium, nulla mens, nulla voluntas? nec contrarium probat adducta *l.2.§.1.ff. ſolut.matrim.* Nam primo reſpondet Giphanius, ibi filiam idcirco videri conſentire, quia, vt ex pr. legis apparet, actio dotis patri cum filia fuerit communis, adeoque ſpeciale quid iſta lege contineri. Deinde exiſtimo in iſta l. patrem videri ex voluntate filiæ furioſæ experiri, quando dotem communem repetit, non quia conſentiat filia expreſſe vel tacite, ſed quia non contradicat, prout ex pr. legis relucet. Eo autem ipſo quod non contradicat filia, pater non dicitur ex voluntate filiæ vendicare, ſed QVASI ex voluntate filiæ. Hinc itaque relucet, quod cum aliud ſit conſentire, aliud non contradicere, ſicut à ICto hic diſcernuntur, & filia furioſa patri non contradicat, non cenſeatur propterea conſentire. Deinde patet quoque ex eo quod filiæ furioſæ nulla ſit voluntas, cum id particula quaſi ſatis arguat: negari tamen non poteſt, quod etſi tacita deficiat in furioſa filia voluntas, præſumpta tamen locum habeat: præſumitur quippe eam ſi conſentire ac velle poſſet, patri dotem vindicanti ac repetenti aſſenſura, vt ſoluto matrimonio dos marito auferatur,

Denique reſpondetur interdum ac certis quibuſdam caſibus, propter euidentẽ æquitatem bonumque legis authoritate fingi furioſum conſentire, cum alias nemo abſens & ignorans pro conſentiente habeatur, prout accidit in nuptiis filiorũ filiarumq; & in dotis repetitione, §. *vnde quæſitum, I.de nupt. l.ſi furioſi, Cod.eod. l. tam dementis, Cod.de Epiſcop audient. dict. leg.2.§. voluntatem 2. Digeſt.ſolut.matrim.*

Quæ fictio, vt ſola authoritate legis fingentis nititur, ſic nec in omni caſu locum haber, nec extra caſus prædictos ad conſequentiã trahi debet. Quod enim contra rationem iuris communis eſt introductum, non debet ad conſequẽtiam produci, *l.quod contra de regulis iuris. l.quod vero, ff.de legibus.*

*Ad ſecundum* reſpondetur, furioſum tunc obligari, cum ex re actio deſcendit, *l.24.& 46.ff.de obligat.& act.* ex re autem, interprete Cuiacio, dicitur venire actio, quæ non venit ex perſona eius, quæ obligatur, eiusue conſenſu; ſed ex ipſius rei vel negotii, quod geritur, natura: cuiusmodi ſunt obligationes ex quaſi contractibus deſcendentes, quæ non ex cõſenſu, qui in illis neque expreſſus interuenit, neque tacitus; ſed ex rei ipſius geſtæ natura ipſaque æquitate proficiſcuntur. Idcirco autem ex eiuſmodi negotiis furioſus obligatur, quia id æquitas ſuadet, quæ non patitur, vt alieno damno quis fiat locupletior. Quæ etiam ratio eſt, quod in *d.l.3.§.5.ff.de negot geſtis.* tenetur ex quaſi contractu actione negotiorum geſtorum: cum hæc actio non ex conſenſu ſed ex negotio duntaxat geſto proficiſcatur: id quod in cæteris quoq; quaſi cõtractibus; hæreditatis aditione excepta, obtinere diximus. Neque refragatur quod in *d.l.5. de R.I.* generaliter dicitur, furioſum nullum negotium gerere poſſe: Reſp. Nam id primo de eo intelligendum eſt negotio, quod conſenſum, voluntatẽ

atque

Digitized by Google

atque animi iudicium deſiderat. Deinde in caſu *d.l.3.§.5.* furioſus non obligatur ex negotio à ſe; ſed ab alio geſto & cõtracto.

Ad Tertium Reſp. in *l. Marcellus ff. de fideiuſſ.* Vlpianum differere de fideiuſſore pro furioſo obligato: at fideiuſſor poteſt acceſſiſſe obligationi ante furorem contactæ, id quod tot probatur legibus, in quot dicitur, furioſum non poſſe negotium contrahere, de quibus ſupra. Præterea, cum, vt ex prædictis patet, furioſus obligetur, quotiens ex re obligatio naſcitur, *d.l.24.& 46.ff.de obligat.* Nihil prohibet quo minus, *d.l.Marcellus*, de furioſo taliter obligato, accipiatur.

Quod ad quartum & vltimum, in quo aſſumebatur furioſum delinquere, & ex delicto obligari; id de furioſo, in ipſo furore delinquente, falſiſſimum eſt *l.12 ff. ad L.Cornel.de ſicar.l.14.ff.de offic.proconſ.l.5 §. 2.ff.ad L.Aquil l.3.§.1.ff.de iniur.l.13.ff.de offic. præſid.*

Lit. B. Lege contrahere prohibentur pater & filius; ita quippe Paulus ICtus in *l.2.pr. ff.de contrahend empt. inter patrem & filium contrahi emptio non poteſt. ſed de rebus caſtrenſibus poteſt.* Etſi enim Filiusfam. cum alio quam patre recte contrahat *§. item inutilis I.de inutil.ſtipulat.l.nulla. l. Si ex alio C. quod cum eo qui.l.fin. D. de obligat. & act l. tam ex contractibus 57.D.de iudic.l.ſi dubitet. §.filiusfam.ff.de fideiuſſor.*

Cum patre tamen illum contractum inire non poſſe multis, iisque perſpicuis argumentis euincitur.

Nam primo oportet contrahentes eſſe diſtinctas & diuerſas perſonas *l.interſtipulantem,l.5.§.ſtipulatio autem.D.de V.O.* pater autem & filius in poteſtate eius exiſtens; pro vna reputantur perſona, *§.ei vero I.de inut.ſtip.l.fin.C.de impub.& al.ſubſtit.* & quidem non ſolum iure ciuili, ſed naturali etiam *d.l. fin. in verb.cum & NATVRA pater & filius eadem eſſe perſona intelliguntur.* Deinde quia actio & paſſio circa idem, ad idem, eodem modo, ſimul concurrere non poſſunt: At ſi pater filio & contra obligaretur, in eodem concurreret actio & paſſio; adeoque confuſione obligatio tolleretur & pactum ſine effectu conſtitueretur.

Cæterum excipiuntur nominatim & expreſſe bona caſtrenſia & quaſi caſtrenſia, de quibus cum patre filius contrahere & paciſci poteſt, ſic vt ex contractu pater obligetur filio, & filius patri, perinde ac ſi cum extraneo filius contraxiſſet, *l. lis nulla ff.de iudic.§.1.& ſeq. per quas perſon. nob.acquir l.7.D.de obligat.& Act.* Qu. 15.

*An ratione illorũ bonorum aduentitiorum, in quibus filius plenam habet proprietatẽ filius cum patre cõtrahe. e poſſit?*

Sed vtrum illud quoque de illis bonis aduentitiis dicendum, in quibus pater nihil iuris obtinet, ſed filio plena proprietas competit?

Equidem communis eſt opinio teſte Iaſone in *l.Frater à fratre, n.37 D. de con dict.indeb.* & Emanuele Mendez de Caſtro in *l.cum oportet.C.de bon.quæ lib.n.93.& ſequent.* quod idem plane in his bonis, quod in caſtrenſibus, obtineat. Verum ab ea, poſt veteres quosdam, recedit Iohann. Gœdd. in *tractat.de contr.& comm.ſtipulat. c.7.n.52.& ſeq.* ſtatuens, de illis bonis aduentitiis, in quibus filiofam. plena tribuitur proprietas, non poſſe filium cum patre, perinde, vt de bonis caſtrenſibus, paciſci & contrahere.

1. Quia etſi in iis rebus, quas pleno iure filiusf. conſequitur, iuxta *Nov.117. c. 1.* liberam habet adminiſtrationem, ſi eius ætatis fuerit, vt ſine curatoribus poſſet ſua adminiſtrare; non tamen ius familiæ ſine patrisf. in iiſdem obtinet, ſicuti in caſtrenſibus, quod vel inde elicitur, quia ius teſtandi diſponendique per vltimam voluntatem ei in iſtis non eſt conceſſum. *l.fin. Codice qui teſtam. fac. poſſ.*

2. Quia filiofam. aduerſus patrem in his rebus aduentitiis non præſtari, inuito

patre;

patre, actiones, dum in poteſtate eſt, patet ex *l.7.ff.de oblig.act. l.non ſolum*, §.*filioſ.* & §.§.*ſeq.de iniur. l. 1. Authent.tricennali* & *ibi Dd.C.de bon. matern.* Adeo, vt ſi alium ſibi obliget, ipſemet ſolus non agat, ſed patre permittente ac iubente, vel abſente, tribus ſolummodo caſibus exceptis, in *l.fin.C.de bon.quæ liber.*

3. Quia ſi filiusf. pecunia patris ſui in cauſa peculii aduentitii, nedum profectitii negociatus ſit, diuiditur quidem lucrũ inter patrẽ & filiũ pro modo operarum, induſtriæ, pecuniæ arbitratu boni viri, Menoch.de *Arbitr.iud.q. lib.2.Caſ.126.* ſed hoc ita, vt non veniat iure actionis filiusfam. ad diuiſionem, ſed per retentionem, neque pater ab ipſo petat, ſed vt is ſuum vendicet, ſiue potius tollat. Quo efficitur, nec in aduentitiis inter patrem & filium naſci actionem ciuilem aut vtilẽ.

4. Quia contrahentes debẽt eſſe perſonæ diuerſæ, vt ſupra fuit demonſtratũ: at ſi pater & filius contraherent & paciſcerentur, eadem perſona ſecum paciſci & contrahere intelligeretur, quia vox patris eſt vox filii & contra, §.*ei vero, I.de inutilib.ſtipulat.*

5. Quin & ideo hæc ſententia humanior videtur & verior, quia patri ſua debet conſtare reuerentia, nec ab ea recedendum ſine publica cauſa; publica autem cauſa militiæ videtur hoc ſpeciale ius de caſtrenſibus peculiis perſuaſiſſe. *arg.l 9 ff.de his qui ſui vel alieni, l.fin. C. de inoff teſtam.* At in aduentitiis nulla eiuſmodi cauſa publica vel fingi vel oſtendi poteſt.

6. Accedit his quod cum iure etiam naturali pater ſit legitimus adminiſtrator bonorum filii, *l.fin. §. filiis autem, C. de bon. quæ lib.* contrahendo cum filio fieret author in re propria, quod abſurdum eſt, *l. 1.ff.de Auth.tut.* Hinc igitur concludendum, nec naturalem obligationem oriri inter patrem & filium in bonis aduentitiis.

7. Poſtremo vrgetur regula quod inter patrem & filium lis nulla eſſe poſſit, *l.4.ff.de iud.* Nec inter filium & patrem emptio contrahi queat, *l.2.ff. de contrah. empt.* Exceptis Caſtrenſibus bonis: quæ exceptio regulam confirmat in caſibus non exceptis: vt perinde bona aduentitia, cũ nullibi excipiantur, ſub regula cõtineri intelligantur, ſic vt nec de illis poſſit inter patrẽ & filiũ lis eſſe, nec emptio vẽditio contrahi. Verõ, vt dixi, ab hac ſententia communis interpretum ſchola recedit, ſtatuens filium de bonis iſtis aduẽtitiis, in quibus plenam habet proprietatem, contrahere & paciſci ad inſtar patrisfam. poſſe; & recte.

1. Quia de bonis aduentitiis, in quibus pater vſumfructum non habet, filiofam. conceditur liberrima diſpoſitio & adminiſtratio, ſic vt de illis non aliter diſponere, eaque adminiſtrare poſſit, quam paterf. *Nov. 11. cap.1.* cuius hæc ſunt verba: *Res autem ita relictas*, (*vt ſcilicet vſuſfructus non ad patrem, ſed ad filium ſpectaret*) *ſiue donatas poſitis ſub poteſtate perſonis, ſiquidem perfectæ ſint ætatis, licet ſub poteſtate ſint, licentiam habeant quo velint modo diſponere. Si vero ætate minores ſint per quem perſpexerit teſtator aut donator, hæc gubernentur*; Iam vero conſtat adminiſtrationis iure contineri ius paciſcendi, contrahendi & obligandi *l.princeps.de verb.ſignificatione.*

Et quanquam Gæddæus reſpondeat, hæc intelligi debere de habili ſubiecto & de tali perſona, quæ ſtipulanti & contrahenti, ſecundum regulas iuris obligari poſſit, ac vice verſa; cum actus agentium non ſint niſi in agente bene & apte diſpoſito, *l.1.Cod.de hæred.inſt.* §. *legari, l.de legat.* Hæc autem bene & apte diſpoſita qualitas in patre, reſpectu filiifam. propter iuris ciuilis regulas & ius poteſtatis patriæ non reperiatur,

Tamen hæc reſponſio propoſitum argumentum non infringit; ſiquidem dum ſtatuitur patrem eſſe talem perſonam,

Digitized by Google

nam, quæ filio ex contractu & pacto, obſtantib. regulis iuris & poteſtate patria, obligari nequeat, manifeſte petitur principium: hoc ſiquidem ipſum eſt, quod nunc in diſputatione vertitur.

2. Probatur etiam hæc ſententia ex eo, quod ceſſante ratione iuris ceſſet quoque iuris prohibitio. At in bonis aduentitiis, quorum vſusfructus ex noua lege ad filiumfam. ſpectat, ceſſat ratio, ob quam de bonis aduentitiis, in quib. patri vſusfructus competit, non poſſit filius contrahere, quæ hæc eſt, quod quicquid ex his bonis filiusf. acquirit, id non ſit ipſius proprium, ſed patris, ac conſequenter & obligatio, quæ ex pacto & contractu, ſuper huiuſmodi rebus initio naſcitur, non ſit filii propria *l. fin. C. de bon. quæ lib.* adeoque horum bonorum reſpectu, pater cũ filio vna cenſeatur perſona. Hác autem rationem in bonis iſtis, de quibus nũc loquimur, aduentitiis deficere, plus quam manifeſtum eſt.

3. Huc etiam facit quod in *d. l. cum oportet, Cod. de bon. quæ lib.* conſtitutum ſit, vt filiofam propter malitioſam patris adminiſtrationem, ex eo tempore competat hypotheca tacita in bonis patris adminiſtrantis: ſi itaque pater tacita conuẽtione obligari poteſt hypothecæ & pignoris cauſa ob malam adminiſtrationẽ, multo magis obligabitur ei aperte ex pacto & contractu. Verum hanc rationem non ſatis prægnantem ipſe iudico, cum *d. l. cum oportet.* non de bonis aduentitiis, quæ plena proprietate ſunt filiifam. loquatur, ſiquidem illorum adminiſtratio non ad patrem, ſed ad filium ſpectat, vt poſt demonſtrabitur; verum ſolum de bonis aduentitiis, quæ vt regulariter accidit, vſufructu ſunt patris.

*Ad primum* igitur prioris opinionis argumentum reſpondetur: in illis aduentitiis bonis, quæ quoad plenam proprietatem ad filiumfam. ſpectant, ipſum filiumfamil. & ius familiæ & ius patrisfamil. obtinere. Ius enim familiæ & patrisfamil. in hoc conſiſtit, vt quicquid aliquis acquirit, id ſibi acquirat & de pleno iure poſſideat; deinde, vt de rebus iſtis pro arbitrio ſuo diſponere poſſit, ſeu, vt ſit bonorum ſuorum moderator & arbiter, *l. in re mandata, C. mandati,* & vt lex 12. tabb. loquitur, vt paterfamil. de re ſua legaſſit, ita ius ſit. Ad hæc filio quoque familias in prædictis aduentitiis bonis competere indubium eſt. Nam *primo* bona hæc ſibi pleno iure acquirit & retinet, ſic vt nihil quicquam iuris in illis pater obtineat: *Deinde* eſt etiam bonorum iſtorum moderator & arbiter, atque vt *d. Nouell. 117. c. 1.* loquitur, de bonis iſtis prout vult diſponere poſſit, ſic, vt prout de bonis iſtis legaſſit, ius ſit. Proinde in bonis hiſce pro patref. habetur. Et quod ratione illorum patria poteſtas non attendatur, nec vllum effectum habeat, exinde relucet, quod patria poteſtas ratione bonorum, per filiumfamil. acquiſitorum, hunc habuerit effectum, vt quicquid filius acquireret, id omne acquireret patri, *titul. Inſtit. de his qui ſui vel alieni iuris.* hoc autem deficit in præfatis aduentitiis bonis: igitur in illis non attenditur patria poteſtas. At, inquit Gœddæus filiusfamil. non poteſt de hiſce aduentitiis bonis teſtari, ius itaque familiæ & patrisfamil. non obtinet. Sed reſpondeo adhuc ſub iudice litem eſſe, anne filiusfamil. de bonis aduentitiis, quorum plenam habet proprietatem, teſtamentum facere poſſit? Et ſane mihi, ſaluo aliorum iudicio, verius videtur, ipſum teſtamentum facere poſſe, quia in *dict. Nouell. capit. 1.* ei permittitur diſponere quo velit modo, & ſi inter viuos de rebus illis pro arbitrio poteſt diſponere, cur non idem ei per vltimam voluntatem liceret? *arg. tot. tit. I. de Lege Fuſia Caninia toll.*

*Ad ſecundum* Reſp. in *l. 7. ff. de O. & A.* in qua Pomponius aſſerit, actiones aduerſus patrem filio, præſtari non poſſe, dura

in poteſtate eſt filius, regulam contineri, à qua excipiantur bona caſtrenſia, quorum reſpectu filio aduerſus patrem actio præſtetur, *l. lis nulla, 4. ff. de iud.* Et ad exemplum horum excipiantur etiam bona aduentitia, in quibus plenam proprietatem habet filius, dum in poteſtate patris eſt: quorum exceptio confirmatur, *d. Nouell. 117. cap. 1.* & ratione iuris manifeſta, quam paulo ante adduximus, nititur. Reliquæ vero leges, à Gœddæo allegatæ, nil quicquam ad propoſitum faciunt: & quod in *l. fin. Cod. de bon. quæ lib.* ſi filiusfa. alium ſibi obliget ex contractu ipſe ſolus non agat; id ad ea ſolum pertinet bona in quibus pater habet vſumfructum, & quorum pater legitimus eſt administrator.

Idem planè ad *tertium* reſpondendum: nam & illud extra propoſitæ quæſtionis terminos vagatur, & ad ea bona, de quibus impræſentiarum agimus, nil quicquam pertinet: ſiquidem lucrum ex rebus iſtis, quarum vſusfructus ad filium ſpectat, proueniens, aut illarum occaſione acquiſitum non diuiditur inter patrē & filium, ſed ſibi proprium eſt. *d. Nouell. 117. c. 1.*

Ad *quartum* reſp. in bonis hiſce aduentitiis, ſicut in caſtrenſibus, filium cū patre non haberi pro vna perſona: ſiquidem patria poteſtas, quæ iſtam vnionem inducit, non ſeſe ad prædicta bona extendit; ſed in iis filiusf. pro patref. habetur, vt id paulo ſupra fuit oſtenſum.

Adde quod pater & filius non ſimpliciter, nec in omnibus habeantur pro vna perſona, ſed in rebus duntaxat acquirendis §. *Si vero. I. de inut. ſtipul.* vnde & Imperatores in *l. fin. C. de impub. & aliis ſubſtit.* addunt particulam reſtrictiuam *pene*; vnde ſequitur, quoad ea bona, quæ patri nō acquiruntur per filium, non reputari eos pro vna perſona.

*Ad quintum* reſp. Reuerentiæ paternæ minime refragari patrem filio ex contractu ſuper rebus filii propriis obligari; alioquin læderetur quoque reuerentia paterna, ſi pater cum filio, ſuper caſtrenſibus bonis contrahens, obligatur. Deinde quod filiusfam. bona occaſione militiæ acquiſita, habet ſibi propria, ac pleno iure, id quidem ex publica cauſa deſcendit & fauore militiæ introductum eſt. Quod autem de iiſdem bonis, inſtar patrisfam. contrahere & diſponere poteſt; adeoque iure patrisfam. in iis vtitur, id ex iure communi proficiſcitur, quo cuiuis domino rei ſuæ moderamen & arbitrium permittitur, *l. in re mandata, C. mandati.*

*Ad ſextum* reſpōdet Emanuel Mendez, patrem obligari poſſe filio ciuiliter, filium vero patri obligari non poſſe; nec eſſe inconueniens, contractum ex parte filii claudicare, quia id regulare eſt, quotiens vnus ex contrahentibus ex conſenſu ſuo non poteſt obligari, *l. 14. §. ſi quis pupillo, ff. de act. empt.*

Verum hanc reſponſionem non puto ſubſiſtere poſſe propterea, quoq; rationes ſupra adductæ ſatis oſtendant, non ſolum patrem filio, ſed etiam filium patri viciſſim obligari poſſe; Proinde exiſtimo reſpondendum, patrem non eſſe bonorum illorum adventitiorum, in quibus vſumfructum non habet, adminiſtratorem, ſed omnem illarum rerum adminiſtrationem, & quidem liberam ac plenam, ad filium pertinere, *d. Nov. 117. c. 1. in verb. quo velit modo diſponere.* Non obſtante, *d. l. fin. §. filiis autem*, qui textus eſt de illis aduentitiis bonis, quæ quoad vſumfructum ad patrem pertinent.

*Ad poſtremum* Reſp. Etſi olim nullus contractus, nullum pactum inter patrem & filium ſuper bonis aduētitiis celebrari potuerit, *l. 2. de contr. empt.* & ideo nec lis potuerit eſſe inter patrem & filium, *l. 4. de iud.* id tamen hodie in bonis aduentitiis, quæ plena proprietate ſunt filii, ſecus ſe habere, *d. Nou. 117. c. 1.* Et ideo quoq; ad hæc bona ius vetus correctū eſſe, ſtatui debet.

Sed

Qu. 14. *An filius cum patre ſuper illis bonis poſſit contrahere in quibus pater habet vſūfructum?*

Sed numquid de iis quoque aduentitiis bonis, è quibus parenti vſusfructus conceditur, filiusfam. cum patre contrahendi poteſtatem habeat, non perinde videtur eſſe expeditum.

Quod enim de huiſmodi aduentitiis bonis contractus, inter filium & patrem initus, non valeat, videtur perſpicue probari *l.2.ff.de contrahend.empt.* vbi conſtituitur, filiumf.cum patre emptionis- venditionis contractum, caſtrenſibus bonis exceptus inire non poſſe. At exceptio hæc bonorum caſtrenſium confirmat regulam iſtam in cæteris non-caſtrēſibus bonis, ita vt de illis contractus inter filiumf.& patrem non conſiſtat.

2.Iuuare inſuper hanc ſententiam videtur textus in *Nouell.1.7.c.1.* vbi diſponitur, filiumfam.liberam habere de adventitiis bonis, quorum plenam obtinet proprietatem, diſponendi facultatem. Ex quo turſus probabiliter colligitur, quod in cæteris bonis aduentitiis, in quibus proprietatem duntaxat nudam habet, eam poteſtatem non obtineat.

3.pro eadem opinione facit etiam quod in omni contractu quo debent eſſe contrahentes, qui ab inuicem ſint re ipſa diſtincti: Cum contractus conſenſu fiat *l.1.§.conuentionis ff.de pact.* Conuentio autem inter duos conſiſtat *d.l.1.pr.* pater vero & filius, prout & ſupra dictum fuit, pro vna habeantur perſona *l.final.* C.*de impub.& aliis ſubſtit.*

Et hæc quidem opinio communi Dd. ſcholæ placuit mihi tamen vera eſſe non videtur: quandoquidem filiosfamil. contrahere poſſe & contrahendo obligari multis legibus expreſſe ſancitum reperitur vt in §.*item inutilis.6.I.de inutil ſtipulat.l.fin.ff de obligat.& Act.l.ſi dubitet §.filiusfam.ff.de fideiuſſoribus. l.Nulla.l.ſi ex alio* C *quod cum eo qui.* Nullibi autem reperitur expreſſe cautum de bonis aduentitiis filiumf.patri non obligari.

3.Accedit quod cum in *l.final.§.6.verſic.Filiis autem* C.*de bonis quæ lib.* ſancitur, non poſſe filiosfam.de bonis aduentitiis, in quibus nullam habent proprietatem, ſuo arbitrio, ſine patris conſenſu & voluntate alienare, tacite & in conſequentiam concedatur filiof conſenſu ac permiſſu patris bona iſta aduentitia alienare: Cui rurſus conſequens eſt quod multo magis, conſenſu patris accedente, poſſint ipſi obligari.

Neq; hanc ſententiam deſtruunt præcedentia cōtrariæ opinionis fundamēta.

*Ad primum* enim reſpondetur iure veteri, cuius veſtigia non pauca in noſtris pādectis ſunt relicta, exceptis ſolis caſtrēſib. bonis, omnia filiifa.bona patri pleno iure fuiſſe acquiſita; Iuſtiniani vero cōſtitutione demum effectum fuiſſe vt in bonis aduentitiis pater haberet vſumfructum *l.1.ff ſi a parente quis manum.l.certum.13.* C.*famil. herciſcund.* Quocirca cum in illis bonis filiusfa.nihil iuris ſibi vindicare potuerit, non etiam permiſſum ei fuiſſe ſuper illis bonis cum patre vel extraneo contractū inire, non magis atq; ſuper bonis profectitiis. Hodie vero cum aduentitia bona filio quoad proprietatē acquirātur, nulla videt̄ eſſe ratio cur filius ſuper illis bonis, conſenſu & voluntate patris diſponere & in ipſum etiam patrē alienare non valeat.

*Ad ſecundum* reſp. argumentum, quod ex *d.Nou.117.c.1.* eruitur, à contrario ſenſu concludere, quod argumentum vim concludendi perdit, quotiens, vel textus, vel ratio iuris, vt hoc in loco, eſt in contrariū. *Deinde* hoc duntaxat cōcludit quod ſuper bonis aduentitiis, in quib. pater habet vſumfructū, non poſſit libere & quo velit modo diſponere, id quod omnino concedendum eſt: Nam patris voluntate & cōſenſu indiget *d. §.5. verſi. Filiis autem familias.* Hæc autē voluntas & hic conſenſus patris interuenit quando cum patre filius contrahit *arg.l.1.§.conuentionis.ff.de pact.*

*Ad tertium* quoque argumentum expedita eſt reſponſio: Filius ſiquidem & pater non ſimpliciter, nec abſolute pro

vna perſona haberi dicuntur, ſed quoad ea ſolum, quæ per filium patri acquiri poſſunt: Talia autẽ ſunt bona profectitia & adventitia quoad vſumfructũ, non etiam quoad proprietatem *§.1.l.per quas perſonas nob.acquir.* Igitur cum, quoad proprietatem, non habeantur pro vna perſona pater & filius, ſequitur quod, iſta ratione non obſtante, filius cum patre de bonorum aduentitiorum proprietate contrahere & contrahendo obligari inuicem poſſint.

*Qu. 15. An Tutor cum pupillo contrahere poſſit emptionem venditionem?*

Inter perſonas inſuper quæ emptionis-venditionis contractum inire requirunt, connumeratur etiam tutor, quia pupillo ſuo rem aliquam emere prohibetur: ſic enim in *l.ſi in emptione §.vlt ff.de contrahend.empt.* ICtus Paulus ſcribit: *generaliter ſciendum eſt tutorem rem pupilli emere non poſſe.*

Cui non contrariatur quod in *l.5.C.de contrahend. empt.* Dioclet. & Maximin. Imp. his verbis reſcribunt: *Cum ipſe tutor nihil ex bonis pupilli, quæ diſtrahi poſſunt, comparare palam & bona fide prohibetur; multo magis vxor eius hoc facere poterit.* hæc inquam non ſunt contraria, ſed recte ſic conciliantur; quod tutor, vt tutor rem pupilli emere non poſſit *d.l.ſi in emptione §.vlt.* ſed vt extraneus quilibet emere rẽ pupilli valeat, dummodo palam & bona fide id faciat *d.l.5.C.de contrahend.empt.* emit autem vt tutor, quando ipſe à ſeipſo emit, aut cum emit à pupillo quidem, ſed ſe auctore: hoc autem facere non poteſt duplicem ob rationem 1. quia idem tutor non poteſt emptoris & venditoris perſona fungi *l.pupillus §.item vlt ff.de auctorit.tutor.* atqui alium oportet eſſe emptorem & alium venditorem *l.1.ff.de rerum permutat.* 2. Quia tutor in rem ſuam auctor fieri non poteſt *l.1.ff.de auctorit.tutor.* vt extraneus emit tutor, ſi emat rem ab alio quam è pupillo, dummodo emat ab eo, qui ius vendendi [illegible], veluti à contutor *l.pupillus §.item vlt.ff.de auctorit.* [illegible]

*tutor.* itemque creditor; cui res pupilli obligata eſt. Et denique recte palam & bona fide dicitur tutor rem pupilli emere, ſi ex auctione publica rerum pupillarium emat *l.2.§.tutor.ff.pro emptore.* Quocirca tutor rem pupilli non poteſt emere niſi bona fide & palam emat: palam vero emere dicitur & bona fide quando emit vt extraneus; ita Donellus ad *d.l.5. C. de contrahend.empt.* & Cuiacius ad *d.l.ſi in emptione lib.33.ad edict.Iulii Pauli.*

Iohannes Sichardus *ad rubr.tit.Cod. de contrahend.empt.n.11.* dicit, tunc demum tutores bona fide emere res pupillares, quando emunt iuſto pretio & contractus eſt neceſſarius, vel vtilis pupillo, quia tutores iurant ſe vtiliter curaturos res pupilli præterea perſonis quæ emptionem-venditionem contrahere prohibentur, recte annumerantur Magiſtratus & ſubditus: equidem me non latet circa hanc quæſtionem, vtrum magiſtratus cum ſubdito contractum emtionis- venditionis contrahere, an vero alium aliquem contractum inire poſſit, diſtingui vulgo vtrum magiſtratus temporarius ſit an vero perpetuus, vt priori caſu valeat contractus; poſteriori vero non item: cuius diſtinctionis rationem hanc adferunt quod à Republ. videatur magiſtratus, provinciam regentes, ab omnis generis concuſſionibus ac rapinis, quæ ſub prætextu mutui tegi poſſent, quantum fieri poteſt, arceri: etſi etenim contrahere emptionem- venditionem per ſe inhoneſtum non ſit, ſed huiuſmodi contractum neceſſitates humanæ ſummopere deſiderent; quia tamen facile fieri poteſt vt ſubditi vel timore poteſtatis, quã præſides magiſtratus habent, vel vt eo facilius gratiam eorum accupentur, resque ſuas coacti in magiſtratus transferant, atque hac occaſione illis fraudentur, Idcirco ad hoc præcauendum contractibus olim magiſtratibus temporariis interdictum fuit te Perpetuis vero magiſtratibus, ſi contra

*Qu. 16. An cum perpetuis magiſtratibus emptio-venditio iniri poſſit?*

ctus

ctus cum ſubditis celebrare interdiceretur, in perpetuum commercia exercere prohiberentur, illisq; ius cōmerciorum auferetur contra ius gentium; adeoque conditio illorū deterior foret lætiſſimorum etiam & viliſſimorū quorūuis ciuiū.

Hæc ita vulgo diſputari ſolent, verum Accurſii opinio longe verior mihi videtur, quod nempe tam perpetuis, quam temporalibus magiſtratibus, quandiu officio ſuo funguntur, nec emptionis-venditionis, nec alium contractum inire liceat.

1. Quia omnes textus iuris, in quibus magiſtratibus interdicitur commercio, generales ſunt & indiſtincte de magiſtratu loquuntur, nec vllus proferri poſſit, qui inter magiſtratum perpetuum & temporalem diſtinguat. Sic enim in *l.46.ff. de contrahend. empt.* Marcianus ſcribit: *Non licet ex officio, quod adminiſtrat quis emere quid vel per ſe vel per aliam perſonam: alioquin non tantum rem amittit, ſed & in quadruplum conuenitur.* Et in *l. vnic. C. de contractib. iudic.* omnibus qui adminiſtrationem gerunt, & prouincias moderantur, commercio interdicitur. Quapropter cum leges generaliter & indiſtincte loquantur, noſtrum non erit diſtinguere.

2. Quod ipſum & hæc ratio confirmat quod ratio, ob quam temporales magiſtratus prohibentur commercia exercere, æque in perpetuis magiſtratibus obtineat: ratio autem eſt iſthæc, ne forte ob potentiam vel gratiam, qua pollēt, à prouincialibus vel ſubditis ſuis aliquid per vim extorqueant: atqui in perpetuis magiſtratibus hanc rationem obtinere & quidem multo magis, quis non animaduertit?

Obiicitur tamen huic ſententiæ quod, ſi perpetui magiſtratus prohiberentur cū ſuæ prouinciæ ſubditis negotiari & commercium exercere, conſequens foret, illis in perpetuū commercio interdici, adeoque conditionē illorū deteriorem eſſe etiam in fine ſortis & conditionis homine.

Reſp. Sed animaduertendū eſt, non eſſe abſurdum, nec iniquū, alicui iuſtā ob cauſam, vtilitatem maximè Reip. concernentem, id auferri quod iure gentium aliis competit: cauſa vero, ob quam ius negotiandi magiſtratibus perpetuis interdicitur, iuſtiſſima & æquiſſima eſt, vtilitate publica ſubnixa, cui commodum priuatū magiſtratus merito poſtponitur.

Quin & hoc conſiderandum, quod magiſtratibus commercio non prorſus interdicitur, ſed permittitur illis neceſſaria emere & vendere, negociari ſolū prohibentur: hinc damnum nullum patiuntur, ſed illicita ſolum lucra illis interuertuntur. Nec abſurdū eſt, aliquid interdici magiſtratui, quod ſubditis permittitur, ſi in magiſtratu iuſta ſit cauſa ob quā prohibeatur, ea vero cauſa in ſubditis deficit: & quid abſurdi eſſet, ſi magiſtratus exinde incommodi quid ſentiret, vnde præter honorem plurima percipit commoda *arg l. ſecundum. ff. de reg. iur.*

Sic etiam non refragatur quod Paulus ſcribit in *l.34. ff. de Reb. cred.* præſidis prouinciæ officiales, quia perpetui ſunt, mutuam pecuniam dare & fœnebrem pecuniam exercere poſſe.

Diuerſiſſima enim eſt ratio præſidis & officialium eius, ſicut ab his ad illos, tanquam à diuerſis & ſeparatis, inferri nequeat: nam ideo præſides negociari non poſſunt, quia metus ſubeſt ne per vim & metum, ſub ſpecie negociationis, aliquid ſubditis extorqueant, neue à muneris ſui adminiſtratione per negociationem auocentur, quæ ratio in officialibus deficit: nam his adminiſtratio & cura Reipublicæ non ita incumbit, nec tantus in illis metus eſt impreſſionis & violentæ extorſionis.

Sed num etiam hoſtes fidei Chriſtianæ in illorum ſint cenſu, qui contractum emptionis & venditionis inire nequeunt, Qu. 17. *An cum hoſtib.*

*An Chri-ſtianæ emptio-venditio nuſcō tra-ctus con-ſiſtat?*

quæſtionis eſt? Et quanquam Vlric. Zaſ. in apologia ſua contra Eccium neget priuatos cum Reipubl. Chriſtianæ hoſte vllum poſſe contractum inire aut cōmercium habere, contrarium tamen, quod cum hoſtibus recte exerceantur cōmercia, quæ & alias interdicta cum aliis legibus q; prohibita non reperiuntur, pactaque cum ipſis inita, honeſta ſcilicet ad Reipubl. perniciem & detrimētum non ſpectantia ſanctè cuſtodiri & inuiolabiliter ſeruari debeāt, prolixè admodum, argumentis Vdalrici Zaſii optimi alias & doctiſſimi ICti refutatis, demōnſtraui *lib. 1. tractat. 1. q. 6. & 7. variarum reſolut. iur. ciuil.* quo breuitatis cauſſa amicum Lectorem remitto. Illud certum & expeditum eſt, quod barbaris & hoſtib. fide Chriſtianæ vendere non liceat vinum, oleū, frumētum & conſimilia alia, quæ ad victum & amictum quotidianum, quæq; ad vitę ſuſtentationem pertinent: ita quippe Valentinian. & Gratian. Impp. ad Theodorum mag. ſtrum militum reſcribunt: *Ad Barbarium transferendi vini, olei & liquaminis, nullam quiſq; habeat facultatē, nec guſtus quidem cauſa, nec commerciorum. Sed nec arma ipſis vendere licet, prout Marcianus in l. 2. eod. tit.* diſertè ſancit, *Nemo*, inquiens, *alienis barbaris, cuiuſcunq; gentis ad hanc vrbē ſacratiſſimam ſub legationis ſpecie vel ſub quocunq; alio colore venientib. aut in diuerſis aliis ciuitatib. vel locis loricas, vel ſcuta & arcus, ſagittas & ſpathas & gladios vel alterius cuiuſcunq; generis arma audeat venundare: Nulla prorſus iiſdem tela, nihil penitus ferri vel facti iam vel infecti ab aliquo diſtrahatur. Perniciosum nan. q; Romano Imperio & proditioni proximum eſt, Barbaros, quos indigere conuenit, telis eos vt validiores reddantur, inſtruere. Si quis autē aliquod armorum genus quarumcunq; nationum Barbaris alienigenis contra pietatis noſtra interdicta vbicunque vendiderit, bona eius vniuerſa protinus fiſco addici ipſum quoque capitalem pœnam ſubire decernimus.*

His autem, quæ nēp ead victum quæque ad bellum gerendum pertinēt, exceptis, res cæteræ barbaris & Reipublicæ Romanæ hoſtibus libere vendi poſſunt, quo aurum ipſis auferatur & ad nos transferatur *l. 2. C. de commerc.* in qua Gratianus, Valentin. & Theodoſ. *Non ſolum,* inquiunt, *Barbaris aurum minime prabeatur, ſed etiam ſi apud eos inuentum fuerit, ſubtili auferatur ingenio.*

Cæterum à Barbaris nullas res auro emere licet, ne barbari auro vel argento ditentur & inde vires aduerſus nos ſibi comparent *d. l. 2.* Excipiuntur Comites commerciorum, quibus conceſſum eſt à Barbaris ſericum emere *l. 2. C. quæ res vēdi non poſſunt.* Quæ conceſſio ſic accipienda eſt, vt poſſint ſericum emere à barbaris, etiamſi pro eo aurum dent, alioquin fruſtra hoc ipſis permitteretur quia Barbari ſine auro & argento noſtro non venderent, qui alia moneta noſtra non vtantur: neque hæ conſtitutiones inter ſe contrariæ ſunt: nam in toto iure generi per ſpeciem derogatur *l. in toto. ff. de R. I.*

Inter Medicum porro & ægrotum emptionis-venditionis contractus non conſtituit, quandiu videlicet ægritudo durat: id quod in *l. ſi medicus. 3. ff. de extra-ord. cognit.* Vlpian. his verbis profitetur: *Si medicus, cui curandos ſuos oculos, qui eis laborabat, commiſerat, periculum amittendorū eorum per aduerſa medicamenta inferendo compulit vt ei poſſeſſiones ſuas contra fidem bonam æger venderet, inciuile factum præſes prouinciæ coerceat, remque reſtitui iubeat.* Qu. 18. *An inter ægrotū & medicum conſiſtat emptio-venditio?*

Et in *l. 9. C. de profeſſoribus & Medicis.* Imperat. Valentin. & Valens, *Medicos*, aiunt, *patimur accipere quæ ſani offerunt pro obſequiis, non ea quæ periclitantes pro ſalute promittunt.*

Nec eſt quod quis conſtitutionem iſtā conetur reſtringere ad eos medicos, quib. ſalarium & publico conſtitutū eſt, cum de Archiatris expreſſe loquatur: nā ratio, qua nititur hæc Imperator. Sanctio gene-

generalis eſt: Etenim cur ægrotus, cum Medico paciſci nequeat ratio alia dari nõ poteſt, quam quod ægrotus, ſpe recuperandæ priſtinæ ſanitatis, quiduis etiam iniquiſſimum polliciturus eſſet contra libertatem pactionis & ſic fortaſſis iniquis extorſionibus, à legibus improbatis, occaſio præberetur: deinde quia ægrotus metueret, ni aſſentiretur Medico morẽque gereret, & poſtulanti, iniquum ẽt ſalariũ promitteret vel rẽ viliori pretio vẽderet, medicus malis vteretur pharmacis, nec tam cito ſanitati eum reſtitueret.

Limitatur tamẽ & reſtrigitur hæc ſententia, vt pactum inter medicum & ęgrotum valeat ſi iuſtum & moderatum ſalarium non excedat, vtpote hoc caſu ratione prohibitionis deficiente, *cap. ceſſante. de reg. iur. in ſext.*

Deinde limitatur vt locũ nõ habeat in pacto cum ęgro poſt ſanitatem iam recuperatam inito, quo tempore Medicus non ſolum donata & honoraria ab ægro licitè accipit, ſed iure etiam exigit.

Ego tamen, vt de inſigni hac controuerſia ſententiam meam libere exponã, non puto emptionis venditionis contractum inter medicũ & ægrotũ eſſe prohibitũ vel illicitum: etenim emere vel vendere ſibi inuicẽ omnes poſſunt, qui prohiberi non reperiuntur, prout ſibi initiũ huius theſis demonſtratũ fuit. Iam vero ęgrotus & medicus, durante quantumuis ægritudine & morbo, contractũ emptionis & venditionis inire nullibi prohibentur: nec n. vlla produci lex aut principis ſanctio poteſt, qua hoc cõtractu ipſi interdicatur: ſuperiorib. quippe legib. hoc nõ effici, nunc luculenter demonſtrabo.

Equidem in *d. l. ſi medicus. 3. ff. de Extraordin. cognit.* iubetur quidem emptionem venditionem, inter ægrotum & medicũ contractam, reſcindi, ſed eam quam medicus contra bonam fidem extorſerat: hanc illicitam & reſcindendam eſſe ſi cõtracta fuerit, ipſe quoque opinor: quid vero ſi iuſto pretio bonaque fide medicus ab ægroto rem aliquam, quam & alias venalem habebat & venditurus erat æger emeret, ſic vt nulla omnino extorſio iniqua illicitaque appareat? ſanè ratio nulla ſuadebit emptionem hanc reſcindi: & iniquum atque iniurium foret magnæq; ingratitudinis argumentum, medico rem venalem pro eodem denegari pretio, quo alii cuiuis æger venditurus erat. Nec eſt quod quis hic obiiciat, nõ tamen hac ratione contractum fore liberum, quia ægroto in minori pretio rem vendat Medico, quem alii venditurus erat, periculum maiorum medicamentorum, quæ ipſi fortaſſis medicus propinaturus & applicaturus foret, immineret. Hoc n. à Medico, vtpote viro bono, maxime propter iuramentũ, quo plerumq; Medici ad fidem & diligentiam in curandis ægrotis adhibendam, obſtringuntur, præſumi non poteſt, nec debet.

Pari modo ad rem non facit *l. 9. C de profeſſorib. & Medicis.* Loquitur enim aperte de pacto inter medicum & ægrotum ſuper ſalario præſtãdo inito: huiuſmodi pactũ non valere, ratio ſuadet, quæ ſane in aliis pactis & contractib. non obtinet, ſed aperte deficit, vt ex prædictis relucet.

Sic enim quamuis pactum inter clientem & aduocatum ſuper ſalario vel quota litis initum non ſubſiſtat propter metum iniquę extorſionis, nemo tamen ſtatuet quod quiuis contractus alii cum aduocato iniri nequeant. Sic proinde ſtatuendum arbitror emptionem venditionem inter aduocatum & clientem eſſe licitam nulloque iure aut ratione prohibitam.

Illud generale & regulare eſt, neminẽ cogi rem emere aut vendere: Etenim cõſenſu contrahitur emptio & venditio, ſolaque conſenſu perficitur & abſoluitur *tot. tit. l. de obligat.* quæ ex conſenſu. *pr. & §. 3. Inſt. de empt. vendit.* ait inuitus proprie conſentire non dicitur.

*Lit. C.* Qu. 19. *An cogitur quis rẽ ſuã inuitus vẽdere?*

z Hinc

2. Hinc in *l. ſicut. C. de obligat. & act.* generaliter traditur, ab initio liberum eſſe cuique contrahere vel non contrahere, quoniam nullus eſt contractus ſine conſenſu, nec conſenſus eſt in eo qui cogitur.

3. Et quod nemo cogatur inuitus comparare vel diſtrahere textus eſt in *l. 11. C. de contrahend. empt.* vbi ita reſcribitur: *Inuitum comparare vel diſtrahere poſtulantis deſiderium iuſtam cauſam non continet.*

4. Et in *l. 13. C. tit. aiunt* Dioclet. & Maxim. dominum inuitum emptionis-venditionis contractu rem propriam diſtrahere non compelli.

Huic tamen ſententiæ veriſſimæ obiicitur quod teſtator poſſit iubere heredem ſuum rem alienam Lucii Titij, à Titio emere, & ſi ita iuſſerit, cogatur heres emere à Lucio-Titio, quaſi hoc legatum datum ſit Lucio-Titio. *l. etſi æquum. ff. de legat. 1.*

Verum obſeruari hic debet non cogi abſolute & ſimpliciter heredem emere rem Lucii Titii cum repudiare poſſit hereditatem eaque repudiata euitare neceſſitatem ſubeundorum onerum hereditariorum ſibique à teſtatore impoſitorum, vt & legatorum præſtandorum.

Quod ſi heres hereditatem adierit, tenetur quidem morem gerere defuncto & voluntatem eius adimplere, atque ad hoc ex aditione hereditatis obligatur, ſed obligatur volens, non inuitus: quia hereditatem non adit niſi voluntate ſua §. *itẽ extraneus l. de hered. qualit. & different.* hereditatem adeundo ſimul voluntate ſua ſuſcipit omnia commoda & incommoda hereditaria, proinde & onus legatorũ *l. 1. l. 2. ff. de bonor. poſſ.* vnde dicitur heres cum hereditatem adit, contrahere videri *l. 3. in fine & l. 4. ff. ex quib. cauſ. in poſſ. eatur.* Volens ergo, vt dixi, obligatur vt emat, non inuitus.

Rurſus obiicitur quod ſi dominus rei communis vendiderit partem ſuam ei pars alterius ſocii adiudicata ſit iudicio communi diuidundo, emptor cogatur non ſolum eam partem habere, quam emit, ſed etiam eam accipere, quæ adiudicata eſt venditori eodem pretio, quo illi adiudicata eſt *l. Iulianus. §. idem Celſus. D. de act. empt.*

Sed nec hoc ſuperiori aſſertioni noſtræ quicquam refragatur: nam emptor in hac ſpecie, etiam partem adiudicatam venditori, ab initio volens emiſſe intelligitur, ſeu volens ſe obligaſſe in id, vt eam quoque adiudicatam partem acciperet: etenim cum emptor aliquid emit, obligatur non tantũ vt commoda ſuſcipiat, ſed etiam omnia incommoda, quæ ſunt ex re empta §. *cum autem. I. de empt. vendit.* At cum pars ſocii adiudicatur venditori, hæc adiudicatio eſt ex beneficio & incõmodo partis venditæ *l. 7. §. ſi debitor. verſic. Nam etſi partem ff. comm. diuid.* Proinde hãc partem adiudicatam emptor accipit volens, quia ſe in id primo volẽs obligauit, non autẽ inuitus, niſi ex poſt facto. Inſuper attendendum eſt, in ſpecie propoſita emptorem cogi partem vẽditori adiudicatam accipere, non vt emptam, ſed vt rei emptæ acceſſionem. Proinde non poſſe dici eum inuitum eam partem emere, q̃ omnino & ſimpliciter non emit; accipit igitur inuitus, ſed eodem modo, vt partẽ à ſe emptam acciperet, in quam ſcilicet conſenſiſſet: vt in principalem rem conſentit & ſic in eius rei acceſſiones. Opponitur etiam ſuperiori noſtræ aſſertioni textus in *l. 2. ff. de his qui ſui vel alien. iur. & §. vlt. I. eod.* vbi dominus, nimium in ſeruos ſuos ſæuiens, iubetur eos Diui Antonini conſtitutione vendere.

Sed obſeruandum eſt, partim humanitatis iure hoc conſtitutum, partim Reipubl. cauſa receptum eſſe cum, vt ibidem dicitur, Reipubl. interſit ne quis re ſua male vtatur.

Obiicitur deinceps quod ſi duo ſeruũ habuerint communem & alter illorũ ſeruum



Digitized by Google

uum pro ſua parte manumiſſum eſſe velit, cogatur tunc ſocius, etiam inuitus, ſeruum iſtum pro ſua portione ſocio ſuo vendere *l.1.C.de commun.ſeru.manum.§.vlt. l.de donat.*

Cæterum hoc fauore libertatis receptum eſt vt ſeruus totus poſſit ad libertatem peruenire, qui pro parte non poteſt. *d.l.1.*

Obſtare inſuper videtur *l.ſi quis ſepulchrum.ff.de relig.& ſumpt.funer.* in qua ſancitur vt is, qui agrum habet ſepulchro vicinum, cogatur domino ſepulchri viam ad ſepulchrum de agro ſuo vendere, ſi aliunde acceſſus ad ſepulchrum non ſit.

Veruntamen & hoc ſingulare eſt conſtituitque à ſuperiori regula exceptionem: Nam fauore religionis, qua ſepulchra nituntur, hoc conſtitutum eſſe, palam eſt.

Quin etiam, vt fami publicæ conſulatur, cogitur quis rem ſuam, etiam inuitus diſtrahere, vt cautum eſt in *l.1.§.11.ff. de offic. præfect. vrb.* Et denique ſi ſumma Reipubl. vrgeat neceſſitas, cui alia ratione ſuccurri ſine detrimento eius non poteſt, coguntur priuati res ſuas vendere: Imo ſi vtilitas Reipublicæ venditionem exigat *l.1.& 2.C.quib.cauſ.ſeru.pro præmio.* Sed de hoc alibi prolixius à me fuit actum.

Illud excutiendum reſtat, vtrumne illis caſibus, quibus res ſuas dominus vendere cogitur, iuſtum precium domino ſolui oporteat, an vero etiam minus iuſto precio contentus eſſe cogatur? Prius omnino affirmandum videtur quia in *d.l. 2.ff.de his qui ſui vel alien.iur.* vbi dicitur dominus, qui in ſeruum ſuum vltra modum ſæuierit, cogendus vt bonis conditionibus vendat mancipium. Deinde nimis graue, durũ & iniquum foret dominum non ſolum cogi rem ſuam vendere, ſed inſuper cogi etiam precio iniuſto & iniquo vendere, cum videatur ſatis Reipublicæ conſuluiſſe eo, quod rem vendidit ſuam, Sed de hac controuerſia vide quæ tradidi ſupra *vol.1.diſp.1.theſi 5.q.34.*

## RESOLVTIO THESIS *Quartæ.*

Vt ſub initium præcedentis theſis de perſonis, quæ emptionem-venditionem celebrare poſſint vel non poſſunt, hanc tradidimus regulam quod omnes poſſint emere & vendere, quæ non ſpecialiter prohibeantur; ita cum in præſenti hac theſi quæritur de rebus, quæ emi vendi poſſint vel non, eadem regula repetenda & ad propoſitum huc accommodanda erit: Omnes videlicet res emi & vendi poſſe, quæ non reperiuntur ſpecialiter prohibitæ *argum.l. Mutus.§.1. ff.de procurat.* *Lit. A.*

Prohibentur autem primo emi & vendi res quæ commercio hominum ſunt exemptæ *l.34.§.1.ff.de contrahend.empti.* Exemptæ autem commercio dicuntur quæ ſunt diuini iuris veluti res ſacræ, ſanctæ & religioſæ, res item quæ in vſu ſunt publico, quæ ſunt vniuerſitatis & denique liber homo.

Hactenus autem emptio harum rerum non intelligitur quando venduntur vt tales, liber homo vt liber, Reſp. vt publica, vel ſi etiam pro priuatis vendantur & emptor non ignorat conditionem earum rerum: At quando pro priuatis venduntur & emptor putat eas eſſe priuatas & tales, quæ non ſint commercio hominum exemptæ, emptio valet *leg. & liberi.4. l.liberi 70. l.qui officij.§. qui neſciens. ff.de contrahend. empt.§.fin. Inſtit. de empt. vendit.*

Valet autem hoc caſu iſtarum rerum emptio, non vt res ipſæ præſtentur, quæ præſtari non poſſunt, ſed vt venditor, qui de his rebus aut mentitus eſt, aut affirmauit, teneatur emptori in id quod eius intereſt, res tales fuiſſe, quales vendebantur: Nec ad rem pertinet

T quod

Digitized by Google

quod hæ res tradi non poſſunt, vt transferantur: Nam omnis emptio duo continet, inter alia nempe rem quæ venditur, & id quod venditor affirmat. Nam quodcunque eſt qnod venditor de re affirmauit, etiamſi non ſit, tamen emptori ignoranti præſtare id debet, & niſi præſtet, tenetur emptori quanti eius intereſt id fuiſſe, quod affirmatum eſt. *l. ſi quid venditoris ff. de adilit. edict. l. 4. §. 1. in fine. l. tenetur. 5. §. ſi vas. Digeſt. de actionibus empti.*

Veruntamen contraria hîc ICtorum veterum ſcripta, vt prima fronte appareat, hîc occurrunt. Nam in *dict. l. 4. & d. l. liberi. 70. ff. de contrahend. empt.* diſerte ſcribitur, hominem liberum ab ignorante recte emi & emptionem conſiſtere: At Modeſtinus in *dict. l qui officij. ſi quis*, ait, *ignorans loca ſacra, aut religioſa, aut publica pro priuatis emat, emptorem non teneri, tametſi emptor poſſit ex empto agere in id, quod ſua intereſt, ſe non decipi.*

Sed non ſunt hæc contraria: Nam in propoſita ſpecie valet emptio ad aliquid, quamuis non valeat per omnia: Hactenus ſcilicet valet vt ad intereſſe teneatur venditor idque volunt *dict. l. 4. & d. l. liberi.* Non autem valet per omnia, quia non valet de ipſis rebus venditis.

Quod porro ad liberos homines attinet, ita ius eſt, vſque adeo liberum hominem vendi aut ex venditione traditum transferri non poſſe, vt nec pater ipſe liberos, quamuis in poteſtate ſua conſtitutos, poſſit vel venditionis, vel donationis, vel pignoris, vel alio quouis titulo in alium transferre *leg. prim. Codic. de patrib. qui libr. ſuos diſtraxer.*

Nec obſtat quod hominis liberi, maioris 25. annis, ob precium participandum ſeſe vendentis, emptio venditio valet, adeo vt nulla ex ſeruitute iſta, in quam per venditionem conijcitur, redemptionis ſpes ſuperſit. *§. 4. I. de iure perſonar.*

Non enim idcirco emptio venditio valet quod liber homo iure alias vendi & in commercium deduci valeat, ſed quod indignus videatur is libertate qui eam, rem inæſtimabilem & precioſiſſimam, adeo contempſit & vili pendit vt pro exiguo lucro ea ſeſe priuatum voluerit. In pœnam itaque contemptæ libertatis valet ac ſubſiſtit hoc loco emptio-venditio.

Vnicus caſus exceptus à ſuperiore regula in iure noſtro reperitur quo liber homo ab alio efficaciter venditur & ex venditione in emptorem transfertur: Hic vero expreſſus eſt in *l. 2. C. de patrib. qui lib. ſuos diſtraxer.* vbi permittitur patribus tempore neceſſitatis & famis liberos ſuos ſanguinolentos vendere: Conſtitutionis verba hæc ſunt: *Si quis propter nimiam paupertatem egeſtatemque victus cauſa filium filiamue ſanguinolentos vendiderit, venditione in hoc tantummodo caſu valente, emptor obtinendi eius ſeruitij habeat facultatem, liceat autem ipſi qui vendidit, vel qui alienatus eſt, aut cuilibet alij ad ingenuitatem eum propriam repetere, modo ſi aut precium ei offerat, quod poteſt valere, aut mancipium pro eiuſmodi praſtet.*

Verum hic dubitatio non leuis ſuboritur vtrumne hac conſtitutione patri duntaxat, an vero & matri poteſtas diſtrahendi liberos ex cauſa paupertatis & famis concedatur? pleriſque placet ius iſtud patri duntaxat, non vero matri competere. Qu. 20. *An ex l. 2. C. de patribus qui lib. mater poſſit liberos diſtrahere?*

Argumenta vero illorum hæc ſunt. 1. Quod quis, inquiunt, in poteſtate non habet, illud vendere non poteſt: Atqui in propoſito caſu, famis videlicet & egeſtatis, permittitur patribus liberos diſtrahere.

ſtrahere. Igitur in poteſtate liberos habere eos oportet. Iam vero matrem non habere in poteſtate liberos, expediti eſt iuris, ſequitur proinde quod mater non poſſit liberos ex prædicta cauſa diſtrahere.

2. Si tranſactione mater non poteſt liberos efficere ſeruos, multo minus poteſt venditione eos in ſtatum ſeruilem deducere: Atqui verum eſt prius per *l.tranſactione. 26.C.de tranſact.* Igitur nec mater liberos vendendo efficere poteſt ſeruos.

3. Leges ſemper intelligi debent iuxta rubricam, ſub qua ponuntur: Atqui rubrica, ſub qua illa L. 2. collocata eſt, concepta eſt nominatim & expreſſe de patribus, qui liberos diſtraxerunt, non autem de parentibus: Ergo prædicta L. 2. illi rubricæ ſubiecta, non de parentibus, ſed de patribus accipi debet.

4. Denique ius vendendi liberos non in amore ſolum & ratione conſiſtit, ſed vel maxime in conſilio & prudentia patris *argum l.22.§.fin. ff.ad L.Iul.de adult.* Maior autem eſt prudentia patris, quam matris, cum fœminæ ſint lubrici admodum iudicii, earumque conſilium parum tutum, vt ſæpe etiam contra propria ſua commoda laborent. *l.4.C.de ſponſalibus.*

Specioſa admodum hæc ſunt fundamenta; ſed meo iudicio, contraria opinio validioribus adhuc & firmioribus nititur rationibus.

Nam primo in toto illo titulo *C.de patrib.qui lib.ſuos diſtrax.* nulla prorſus mentio fit patriæ poteſtatis nec vnico quidem verbulo innuitur quod ius iſtud diſtrahendi liberos effectus ſit patriæ poteſtatis eiuſque intuitu patribus competat. Nec denique alio in loco iuris noſtri ad patriam poteſtatem referatur: Proinde veriſimile non eſt ius iſtud effectum, eſſe patriæ poteſtati. Ex quo ſequitur quod ius iſtud diſtrahendi liberos ad matrem æque atque ad patrem ſpectet.

2. Et ſane alia longe ratio, ob quam parentibus conceditur, accepto precio diſtrahere liberos, ab Imperatore indicatur in *d.l.2.* Neceſſitas videlicet nimiaque paupertas & egeſtas, in qua ſola ſeſe fundat Imperator: Atqui perperam hoc fieret, ſi præcipua illius diſtractionis ratio in patria poteſtate conſideret: perquam enim abſurdum foret, rationem conſtitutionis veram ac principalem ſilentio inuoluere; aliam vero rationem ad rem parum pertinentem aut ſane minus principalem aſſignare, quod de tanto Imperatore præſumi non debet. Denique Imperator Conſtantinus in *d.l.3.C.de patribus qui lib.ſuos diſtrax.* vtitur verbo, *ſi quis*: Iam vero verbo hoc *ſi quis* tam fœminas, quam maſculos contineri, author eſt ICtus in *leg.1.ff.de verb.ſignificat.*

Equidem Hugo Donellus ad hoc poſtremum argumentum reſpondet, quod in *d.l.1.ff.de verb.ſignific.* dicitur, verbo *ſi quis* tam maſculos, quam fœminas comprehendi, id eo dictum eſſe, vt intelligatur, verbo *ſi quis* comprehendi vtrumque ſexum ex ſententia & interpretatione, non etiam ex verbis, quoniam conſtat, natura maſculum non eſſe fœminam: At interpretatione legum contrariam ſententiam tenendam eſſe: & cum in *d.l.2.* ius proponatur ſingulare, contra rationem iuris Communis conſtitutum interpretatione ad conſequentias produci & ad alias perſonas extendi non debeat *l.quod vero.ff.de legibus.* Deinde verbum *ſi quis* maſculos & fœminas complectitur in rebus duntaxat fauorabilibus, non etiam in odioſis *leg. prim. §. toties verſicul. quare. Digeſt. de*

*ventr. inſpiciendo*: Iam vero *d.l.2.* videtur eſſe odioſa: ſi quidem liberi hominis odioſa eſt, proinde non eſt interpretatione iuuanda *l. cum quidem. ff. de lib. & poſthum. heredib. c. odia de Reg. Iur. in ſext.*

Veruntamen hæc reſponſio non admodum magni ponderis eſſe videtur: quod enim fœmineus ſexus etiam in odioſis ſub maſculino comprehēdatur, probat euidenter *l. 7. pr. iunct. §. 1. ff. de iuriſdict.* Inſuper cum odio, quod reſpectu liberorum continet *d.l.2.* concurrit magnus fauor parentum, quem etiam principaliter iſta inſtitutio concernit, & propterea ſecundum iſtum fauorem extendēda potius, quā reſtringenda venit: Non etiam diffiteor prædictā cōſtitutionē continere ius ſingulare, ſed obſeruandum eſt eiuſmodi ius iſtud eſſe quod nō in gratiam ſolius patris, ſed in gratiam parentum conſtitutum eſt: parentum vero appellatione tam matrem, quem patrem cōtineri, plus quam certum eſt, & euidenter probat *l. 4. ff. de in ius vocand.* Non igitur extra terminos ius ſingulare iſtud extendimus quando ad matrem quoque illud porrigimus. Quin etiam beneficia principum, cuiuſmodi præſens conſtitutio *d.l.2.* continet, quam plenſſimam recipiunt interpretationem *l. penult. ff. de conſtit. princip.* in illis videlicet perſonis, quibus indulta & conceſſa ſunt: parentum itaque nomen in *d.l.2.* ad parentes maſculini ſexus non erit reſtringendum ſed ad vtrumque ſexum extendendum.

Non admodum magni ponderis eſt, quod primo loco pro contraria ſententia ſupra adducebatur: laborat quippe argumentum iſtud æquiuocatione vocabuli *poteſtas*. Cum enim dicitur, *quod quis in poteſtate non habet, illud diſtrahi non poſſe*, nomine *poteſtatis* ſignificatur dominium: At in propoſita quæſtione poteſtas non dominium, ſed ius illud, quod parentes in liberos habent, denotat, à dominio diuerſiſſimum eſt. Ad hæc quod *d.l.2.* permittit parentibus liberos ſuos ex cauſa famis & Paupertatis vendere, id plane ſingulare eſt, contra ius commune receptum, vt ex præcedēte *l. 1.* relucet, non igitur patriæ poteſtati, tanquam eius effectus, adſcribi debet, alioquin ſemper & regulariter liceret parentibus, etiam extra hunc neceſſitatis caſum liberos vendere.

*Ad ſecundum* quoque non eſt difficilis reſponſio: Regulariter quippe & ordinarie mater non poteſt ſua tranſactione liberos ſuos efficere ſeruos, aut quacunque alia ratione in ſeruitutem conijcere, id quod vult *d.l.26. C. de tranſact.* Sed nec patri, extra prædictum neceſſitatis caſum, idem permiſſum eſt *d.l.1.* Si igitur ex *d.l.26.* recte infertur quod mater non poſſit ex cauſa paupertatis & famis liberos vendere, ex eodem certe fundamento idem de patre quoque concludendum erit. Quocirca caſus *d.l.2.* plane ſingularis eſt & exceptionem à regula *d.l.1.* continet.

*Ad Tertium* reſpondeo, argumentum à rubro ad nigrum non eſſe perpetuum nec neceſſarium ſed probabile duntaxat, nec eo caſu procedere, quo ratio legis generalior eſt ipſa rubrica: ex ratione enim legis, vt quæ legis eſt anima, lex potius capit interpretationem, quam ex rubrica: & interpretatio, quæ ex legis ratione ſumitur, neceſſaria eſt: Ad quæ ex rubrica petitur, probabilis duntaxat: Iam vero, etſi rubrica ſit de patribus duntaxat concepta, ratio tamen legis ſecundæ ita generalis eſt vt parentum vtrumque ſexum comprehendat.

*Ad Quartum* & vltimum argumentum reſpondeo, ad diſtractionem liberorum, vt quæ non, niſi ſumma vrgente egeſtate & paupertate conceditur, non requiri ſingularem aliquam prudentiam. Nam ſi nulla vrget neceſſitas, diſtractio matri nō conceditur, ſed nec patri: Si vero ingruit aliqua neceſſitas, liberorum venditionē ſta-i-

Digitized by Google

flagitās, magiſtratus eſt de ea cognoſcere vtrumne talis & tanta ſit ob quam indulgentia ſit liberorum venditio, quod ſi eam ſufficientem & ſatis grauem iudicauit & pronunciauit, nec eo caſu ſingularis deſideratur prudentia matris. Præterea poſito, ad venditionem, de qua nunc loquimur, liberorum, deſiderari ſingularem vendentis prudentiam, non tamen omnis prudentia fœminis ſimpliciter erit deneganda, cum deprehendantur ſæpe prudentiores viris. Poſtremo cum plerumque maior ſit matris, quam patris in liberos affectio & amor, dubium nullum eſt quin mater difficilius & cautius etiam liberos ſit diſtractura, quam pater.

Lit.C. Vendi porro & emi poſſunt non modo res corporales, ſed etiam incorporales, veluti nomina ſiue debita *l.3.C.de reſcind.vendit.l. Nomina 17.ff.de contrahend. empt.l. Nominis.C.de heredit.vel act.vendit.* Nec quicquam intereſt vtrum debitum purum ſit, an vero in diem aut ſub conditione contractum *d.l.* 17. perinde autem eſt vtrum quis nomina vendat an actiones, quæ nominum ſunt exactiones *l.3. C.de act. vend.l.25.ff.de contrahend emp.* ſed actiones, ita venditæ, ceſſæ dicuntur; verius eſt enim ceſſionem actionum non duntaxat per mandatum, ſed etiam per venditionem, [illegible]ationem, in ſolutum dationem & [illegible] conſimilibus mod[i]s fieri poſſe. Se[d] [v]trum ſola venditione nomina & transferantur & actiones cedantur, an vero ad translationem nominum & ceſſionem actionum inſuper traditio quædam, vel quaſi, deſideretur, non eſt ita expeditum: Equidem Hugo Donellus ſtatuere non dubitat, ceſſionem fieri, nulla accedente vel quaſi traditione.

Qu.21. *An nuda venditione nomina transferantur?*

1. Vendi nomen ſeu actionem poſſe, eaque venditione vtiles actiones emptori tribui conſtat *l.3.l.poſtquam l.ex nominis l.vltim.Cod.de hæredit.vel act.vendita.* Atqui certi & expediti iuris eſt, quod ſola & nuda voluntate, ac ſolo conſenſu emptio contrahatur *tit.Inſtit.de obligat.quæ conſenſu.princ.& §.3.Inſtit.de contrahend.empt.vendit.* qua re nudo & ſolo conſenſu, abſque vlla traditione, vera, vel quaſi, vtiles actiones transferantur & ceduntur.

2. Quæcunque traditionem nullam, nec veram, nec quaſi recipiunt, ad ea cedenda & transferenda fruſtra traditio requiritur: Atqui actiones non recipiunt traditionem veram, id quod certum & perſpicuum eſt, cum res incorporales tangi non poſſint, nec vllibi exiſtant, ſed intellectu ſolum percipiantur. Sed nec quaſi traditionem, vt cæteræ res incorporales, recipiunt, veluti vſusfructus & ſeruitus, in quibus & dominus, qui cedit, & is, cui ſeruitus ceditur, facere poſſunt inter ſe, quod pro traditione habeatur, dum videlicet hic ducitur in fundum & vtitur ſeruitute, dominus autem vtentem patitur *l.3.ff.de vſufruct.l. vlt.de ſeruit.* In actionibus vero cedendis nullus iſtiuſmodi vſus accipientis, nulla cedentis patientia interuenire poteſt, cum actionis vſus inſtituatur cum debitore, cuius nullæ ſunt partes in hac ceſſione.

Verum ego his argumentis nihil motus, omnino ſic ſtatuendum exiſtimo: Ad trāſlationem & ceſſionem actionum tria deſiderari, quæ & ipſa ad quarumnis aliarum rerum, corporalium & incorporalium translationem deſiderantur: Voluntatem ſcilicet domini rem ſuam transferre volentis cauſam iuſtam traditionis & translationis, & denique traditionem, vel quod loco ſit traditionis, quæ tria ad dominum trāſferendum coniunctim requirit Imperator § *per traditionem Inſt de rerum diuiſ.*

Voluntatem domini actionum, ſiue creditoris, interuenire debere, & ſine ea actiones in alium non transferri, concedit ipſe Donellus: Cauſam item iuſtam & ad dominium transferendum idoneam & aptam intercedere debere, itidem in

5. Idem quoque confirmat Gordianus in *l. 2. Cod. de donat. Si nominis perſecutionem in te emancipatam pater titulo donationis tranſtulit, fruſtra prætendit, qui debitori tuo hæres extitit, conſenſum fuiſſe debitoris neceſſarium: cum ſatis fuerit actiones eo nomine tibi mandatas fuiſſe.*

4. Comprobat hanc eandem ſententiam quoque ratio iuris manifeſta: quilibet enim rerum ſuarum moderator & arbiter eſt, etiam abutendo in *l. re mandata, C. mandati.* atque de illis pro arbitrio ſuo ſtatuere poteſt §. *per traditionem. Inſt. de rer. diuiſ.* Atqui creditor dominus eſt actionum ſibi competentiũ aduerſus debitores ſuos. Igitur de illis ſtatuere poteſt, ſine alterius conſenſu pro arbitrio ſuo.

Cæterum pro contraria opinione hęc facere videntur argumenta.

1. Actio, quæ venditor emptori, aduerſus debitorem cedit, eſt actio in perſonã; at nulla eſt actio in perſonam, niſi ex contractu, aut maleficio & ſimilibus cauſis, aduerſus eos, cum quibus debitor contraxit, aut quibus nocuit §. *1. I. de act.* At debitor nihil quicquam contraxit cũ eo, cui ceditur aut venditur actio: neque in eum quicquam deliquit, non igitur ei, cui actio eſt vendita & ceſſa, poteſt actio in perſonam competere aduerſus debitorem.

2. Accedit quod nemo inuitus alteri obligari poteſt *l. ficus C. de oblig. & act. l. inuitum ff. de contrah. empt.* At ſi actionis vẽditio valet, debitor inuitus obligatur emptori *l. poſtquam & ſeqq. C. de hered. vel act. vend.* Igitur venditio & ceſſio actionis, inuito debitore fieri non poteſt.

3. Facit huc quod creditor, inuito debitore ſuo, conditionẽ obligationis mutare non poteſt *l. vero verſ. penul. ff. de ſolut.* At venditor actionis, actionem ſuam in emptorem transferendo; mutat obligationis conditionem opponendo debitori nouum creditorem; igitur hoc modo actionem, inuito debitore, in emptorem transferre non poteſt.

4 Nemo poteſt aut debitoris ſui, aut alterius cuiuslibet conditionẽ facere deteriorem *l. ſoluendo ff. de negoc. geſt.* At creditor actionem vendendo & in emptorem transferendo, etſi non mutat conditionem obligationis; tamen hoc ipſo nocet debitori ſuo, quod ſubſtituit ei aliũ creditorem, cuius actiones ſuſcipere cogitur, in quo debitor poteſt metuere vexationem, vel quia emptor potens eſt, vel quia ligitioſus eſt.

5. Non debet creditori licere, quod debitori non permittitur, *l. non debet actori, ff. de R. I.* At certi iuris eſt debitorem nõ poſſe creditori ſuo inuito alium dare debitorem, in quem obligationem ſuam transferat *l. debitorum. C. de pact. L. 2. C. de hered. vel act. vendit.* Ergo neque creditori concedendum eſt, debitori ſuo alium creditorem inuito dare.

6. Denique huc facit exemplum delegationis nominis, ſeu actionis, vt ex vẽditione actionis nouus creditor datur debitori, cui debitor obligatur; ſic multo magis ex delegatione nominis *l. 3. in fine. C. de nouat.* At delegatio nominis non, niſi volenti debitori, fieri poteſt *l. 1. Codic. de nouat.* Cur igitur magis venditio nominis?

Sed his rationibus non tantum eſſe pondus iudico, vt quenquã à priori ſententia dimouere vel poſſit, vel debeant.

*Ad primum* enim reſpondeo: debitorem quidem reuera non contraxiſſe cum emptore actionis, nec illum quicquam deliquiſſe, & ideo directis actionibus emptori non teneri; ſed iure perinde haberi quaſi cum emptore contraxiſſet, propter ſucceſſionem, quia emptor ſucceſſit in eius locum, quo cum debitor contraxerit: Proinde perſonam creditoris emptor ſuſtineat, atque eodem iure vti debet *l. qui in ius. ff. de R. I.*

*Ad ſecundum* reſpõdetur, quod dicitur nemi-

neminem inuitum alij obligari poſſe, ſic accipiendum eſſe, vt non poſſit alij obligari principaliter, per conſequentiam poſſit, exemplo eſt hæres: Nam ſi quis quid debuit creditori ſuo, etiam creditore defuncto, obligatur eius hæredibus eodem modo, idque eſt quod dicitur actiones tranſire ad hæredes *§.1.Inſt.de perpet. & temp. act.* nempe obligatur hæredibus per conſequentiam, quia defuncto ſucceſſerunt, & ſucceſſerunt in perſonam & locum defuncti. Eadem eſt cauſa ſucceſſorum ſingulorum, hoc eſt, eorum, quibus à creditore actio data eſt, quacunque ex cauſa, placet actionem in alium transferri, & ideo transfertur actio, ſiue creditor alicui eam dederit in dotem *l.2.C.de obl.* ſiue in ſolutum *l.vlt.C. quando fiſcus.* ſiue eam legauerit *l.ex legato. C. de legat.* Idem ergo iuris eſt, etſi vendiderit.

*Ad tertium* reſpondeo, creditorem nō mutare conditionem obligationis, quamuis in aliam actionem ſuam transferat, & alium creditorem det debitori. Nam emptor & qui actionem accipit, noua actione & obligatione non vtitur, ſed vetere & ſola, quæ prius aduerſus debitorem non competebat: Nam iure venditoris ſolum vtitur *d.l qui in ius. de reg. iur.* Et ſi debitor venditori nihil debuit, nihil etiam emptori debebit, quia non potuit venditor plus iuris in emptorem transferre, quam ipſe habuit *l.nemo plus. ff. de R. I. l.traditio. ff. de acquir. dom.*

*Ad quartum* reſpondeo; Creditor actionem vendendo & in emptorem transferendo neque mutat conditionem obligationis, neque nocet debitori: Nam ſi debitor nihil debuit venditori, nihil etiam debebit emptori. Nec metuet in eo vexationem, quoniam emptor nihil agit, niſi ex iure & perſona venditoris: Quod ſi debitor debuit venditori, eius eſt emptori ſoluere, nec poteſt in eo metuere vexationem, quamuis emptor ſit petens aut contentioſus: Nam hanc vexationem vitare ſtatim poteſt ſoluendo. Neque periculum eſt ne hæc ſolutio debitori ſit inutilis. Nam emptori ſoluendo, tam liberatur, quam ſi creditori ipſi ſoluiſſet, quoniam nihil intereſt, vtrum debitor creditori ſoluat, an alij, voluntate creditoris *l.ſolutum. ff. de ſolut.*

*Ad quintum* reſpondetur, non recte colligi, quia vt recte concluderetur, prius eſſet ſtatuendum hæc facta non eſſe eadem, ſeu diſſimilia, cum videlicet debitor creditori ſuo alium debitorem ſuo loco ſubſtituit, & cum creditor debitori ſuo alium creditorem dat. Tunc enim recte ex ſuperiori regula diceretur, ſi vnum non conceditur debitori, alterum creditori concedi non debere: At facta hæc longe diſſimilia ſunt, vnde in ijs diuerſum recte conſtituitur. Creditor actionem ſuam vendere & in emptorem transferre poteſt, quia, hoc facto, debitori ſuo, quamuis iurato, nihil nocet, vt prius oſtenſum fuit: At contraria de cauſa debitor creditori ſuo alium inuitum dare non poteſt, quia hoc damnoſum aut periculoſum eſt creditori. Nam primum fieri poteſt vt nouus debitor ſoluendo non ſit: Deinde, vt maxime ſit ſoluendo, fieri tamen poteſt, vt nolit ſoluere creditori, quamuis iniuria, ſed malit iudicio litigare. Hinc hæc incommoda creditori, quæ ſupra ſunt notata. Quid enim ſi debitor nouus ſit potens, qui mora vexare poſſit creditorem? quid ſi ſit litigioſus? merito igitur ob hæc incommoda placet, debitorem obligationem ſuam in alium transferre non poſſe.

*Ad vltimum* reſpondeo diuerſam eſſe rationem delegationis & ceſſionis: Delegatio quippe fit per ſtipulationem, inter debitorem & nouum creditorem celebratam: At omnis ſtipulatio fit conſenſu ſtipulantis & promittentis *l.inter §.1.l.continuus. §.1. ff. de verb. obligat.* hanc igitur ob cauſam delegatio non niſi voluntate debitoris,

toris, perfici poteſt: At venditio actionis celebratur inter venditorem & emptorem. Proinde horum duorum conſenſu actionis venditio perficitur, nec debitoris conſenſus requiritur.

Ceſſis actionibus, is, qui mandatas, aut vtiles actiones habet, poteſt & ab invito debitore exigere quod is debet, aduerſus quem actiones ceſſæ ſunt *l. vlt. C. ſi fiſc. vel priuat. l. 3. C. de hæred. vel act. vendit.*

Q. 1. 23 *An poſſit ceſſionarius liberare debitorem, inuito creditore?*

& volens volentem à vetere creditore quouis modo liberare, puta ſolutum à debitore accipiendo, de quo in *l. 3. Cod. de nouat.* Aut cum eo tranſigendo paciſcendoue, ne ab eo petatur *l. ſi cum emptore. ff. de pact.* quod ſi creditor, qui actionem mandauit, aut aliter ceſſit, inhibeat petitionem, vt ſi is eodem tempore petat à debitore; & ſimul is, cui mandatæ ſunt actiones, atque ita ambo concurrant? vter alteri præferatur quæritur? Ambos enim aduerſus debitorē actiones habere ex prædictis relucet. Et placet ceſſionarium veteri creditori ſiue cedenti, præferri, qui ſuo nomine actiones habet *l. procuratore in rem ſuam dato. Digeſt. de procurat.* in qua Vlpianus; *procuratore*, ait, in rem ſuam *dato*, *præferendus non eſt dominus procuratoris in litem mouendam, vel pecuniam ſuſcipiendam.* Qui enim ſuo nomine vtiles actiones habet, rite eas intendit.

Nec impedit quod mandatum reuocari poſſit, quandocunque mandator velit *§. recte. Inſt mandati.*

Reſpon. nam mandatum rei noſtræ reuocare poſſumus, cum libet: Rei alienæ non poſſumus. Actiones autem mandatæ, ſubtilitate quidem iuris ſunt adhuc mandantis; reuera ſunt mandatarii; id eſt, eius cui mandatæ ſunt. Is enim factus eſt quidem procurator; ſed in rem ſuam, vt ſupra dictum eſt. Tum autem vtiles actiones in eum tranſlatæ ſunt, quæ ideo fere illius ſunt, quaſque excercet ſuo nomine.

Adeo autem verum eſt eum, cui mandatæ ſunt actiones, aut qui, actionibus venditis, vtiles actiones habet, præferri, vt ſi tantum denunciauerit ei debitori, aduerſus quem ceſſæ ſunt actiones, vt ſibi ſolueret, poſtea debitor ſoli ei tenetur, & ſi creditori ſuo ſoluat, fruſtra ſoluat.

1. Expreſſum hoc eſt in *l. 3. C. de nouat.* in qua Impp. *Si delegatio* ait, *non eſt interpoſita debitoris tui, ac propterea actiones apud te remanſerunt: quãuis creditori tuo aduerſus eum ſolutionis cauſa mandaueris actiones, tamen antequam hic conteſtetur, vel aliquid ex debito accipiat; vel debitori tuo denunciauerit; exigere à debitore tuo debitam quantitatem non vetaris: Et eo modo tui creditoris exactionem contra eum inhibere. Quod ſi delegatione facta iure nouationis tu liberatus es, fruſtra vereris ne eo quod quaſi à cliente ſuo non faciat exactionem, ad te periculum redundet, &c.*

Ecce hic Alexander Imp. tradit; veterem creditorem poſſe actionem inhibere quam mandauit, ſi experiatur aduerſus debitorem ſuum, priuſquam is, cui actiones mandatæ ſunt, denunciauerit debitori, vt ſibi ſolueret. Poſtquam ergo ei denunciatum erit; ſi veteri creditori ſoluat, non inhibentur ceſſæ actiones.

2. Confirmat deinde hoc ipſum quoq; *l. 3. C. mandati.* vbi in hæc verba Seuerus & Antoninus Imp. reſcribunt: *Si pater tuus tibi ſui iuris conſtituto actionem aduerſus debitores ſuos mandauit, potuit & ipſe præſens aduerſus eos, re integra, experiri: Si quid itaq; ab eo apud iudicem actum eſt reſcindi nulla ratione petitur.*

Hic quoque patet, qui actionem ſuam filio ceſſerat, dicitur agere poſſe donec res integra ſit; Re proinde non amplius integra, agere non poterit veteri actione cedens. At res amplius integra non eſt, quando vel denunciatio, vel litis conteſtatio acta eſt: igitur ad denunciationem vſque litiſque conteſtationem vetus creditor agere poteſt: at poſtea non itē. Quocirca ſimularque mandatis actionibus,



Digitized by Google

ſionarij habet æque directas actiones, ſed poſt denunciationem ceſſionarii conſtituantur illæ inutiles: quare debitores, ſi ei ſoluant, non liberantur, & ob id eius actiones ſuſcipere non coguntur.

*Ad quartum* reſpondetur primo; dici poſſe ceſſionarium hîc non habere actiones vtiles ex mandatu cedentis, ſed habere ſolum directas ex eius mandatu: vtiles ex eius voluntate; ſed in iis mandatum cedentis non conſiſtere, vt quas ſuo nomine obtineat, proinde vt proprias, non vt alienas, quarum natura mandatum nō conſiſtit *l.3. in fin D. mandati.* Deinde neque vtiles, neq; directæ actiones, quæ habentur ex mandatu reuocari poſſunt à mandante; id quod euidenter ex eo apparet, quod dicitur in *l. procuratore in rem ſuam. D. de procur.* Procuratorem in ea lite, quæ mandata eſt, domino præferri. Præfertur ergo domino volenti & mandatum reuocare conanti. Nec obſtat quod dicitur, mandatum voluntate mandantis reuocari poſſe: Nā hoc dicitur de eo, quod reuocatur, re integra eſſe deſiit cum mandatæ ſunt actiones. Præterea quod dicitur mandatum reuocari voluntate mandantis, ſic intelligendum eſt, voluntate eius domini cui dari mandantur. Nunc autem mandatis actionibus mandator vere dominus actionis eſſe deſiit, & effectu actio eſſe cæpit procuratoris propter emolumentum actionis in procuratorem translatæ *d. l. qui ſtip. C. de procu.*

*Ad vltimum* reſpondeo longe aliud eſſe mandare actionem, de quo hic quæritur, & aliud mandare pecuniam exigendam, tametſi hoc ſit ſine actionibus mandantis. Nam mandare actiones, vt initio dictū eſt, eſt actiones colere nomine eius, cui mandantur, qui ob id conſtituitur in gratiam. At mandare pecuniam exigendam, eſt mandare exigendam noſtro nomine, ſtricte mandati actiones alienantur, & effectus in mandatorem tranſeunt poſteriores, nihil in procuratorem tranſit, ſed iſta actio penes dominum manet, qui procuratorem conſtituit. Quare hiſce motis, relinquitur quod, qui mandauit actiones, re integra, experiri adhuc poſſit aduerſus debitorem: At poſt denunciationem & litis conteſtationem ceſſionarij, amplius non poſſit. Quod ſi mandans ante denunciationem mandatarij, hoc eſt, re integra, vt potuit experiri aduerſus debitorem, ita etiam expertus eſt, mandatarius poſtea exiſtens an poſſit inhibere & impedire perſecutionem mandantis, &, ſi velit aduerſus debitorem agere, ſit audiendus, quæritur? De hac re ita reſponſum eſt in *l.3. C. mandati.* Si à mandatore actum ſit per iudicem, hoc eſt, in iudicio aduerſus debitores, idque factum ſit re adhuc integra, hoc eſt, antequam mandatarius quicquam denunciaſſet debitoribus, reſcindi non poſſe id, quod actum eſt, Quibus verbis euincitur, quod ſi poſtea exiſtat ceſſionarius, qui poſtulet agere aduerſus debitores & ſe cedenti præferri ad eam litem perſequendam eum audiendū non eſſe, nec poſſe reſcindere quod actum eſt, id eſt actionem cœptam in perſona mandatoris, in eius quoque perſona perſeuerare debere.

Denique nullam amplius actionē habere cedentem, inuito ceſſionario aduerſus debitores; ſed hæc ita, vt dixi, ſi mandator egerit aduerſus debitores: Atqui agere non eſt tantum actionem inſtituere aduerſus debitores, quod fit eos in ius vocando, actionem iis edendo, ſed eſt litem & iudicium cum illis conteſtari *l. amplius ff. rem ratam haberi.*

Ideoque ius exigitvr mandator cum debitoribus, re integra, litem ſit conteſtatus ad hoc, vt quod cum illis egit reſcindi à mandatario non poſſit: Cui duo conſequentia ſunt: *primo* quandiu cedens cum debitoribus litem conteſtatus non eſt, quamuis illos interpellarit, vt ſoluerent, atq; adeo quiuis illos in ius



Digitized by Google

quia dominus rei non eſt, actionem emptam exercere non poteſt, ac onſequenter fruſtra illi vendita cenſetur.

Veruntamen hæc ratio dubitandi hoc modo diſſoluitur: id, quod dicitur in rem actionem competere domino, verum eſt de actione in rem directa, non etiam de vtili §. *namq́ ſi cui. 4. l. de act.* At venditori actionis realis non competit directa, ſed vtilis actio *d. l. final.* eam proinde exercere poteſt, etſi non ſit dominus rei de qua eſt in rem actio.

Cæterum actiones ante litem conteſtatam iudiciumque cæptum recte venduntur, poſt vero non item, quia litis cõteſtatione res, in iudicium deducta efficitur litigioſa, litigioſæ autem res vendi non poſſunt.

Res quoque non modo ſingulæ, ſed & vniuerſitates, veluti hereditates, recte venduntur, vt demonſtrant *tot. tit. Dig. & Cod. de heredit. vel act. vend.* Quod de hereditate præſenti & iam delata intelligendum eſt, viuentis enim cum nulla ſit hereditas *l. 2. quib. vt indign.* in contractum emptionis-venditionis deduci non poteſt. Et quod nullum pactum, nulla conuentio, nullus contractus de futura hereditate valeat, prolixius ſupra *volum. 1. diſput. 6. theſ. 8.* oſtenſum fuit.

Huius autem emptionis venditionis, quo delata hereditas alicui venditur, h[illegible]c effectus eſſe dicitur vt vniuerſa commoda & incommoda in ementem transferat *l. 2. §. 9. ff. de hered. vel act. l. 6. C. eod.* Transfert enim hereditatem: hereditas vero continet vniuerſa cõmoda & incommoda, quæ penes defunctum fuerunt *l. 1. l. 2. l. 3. D. de bonor. poſſ.*

Qu. 15. *An actiones paſſiuæ transferantur ad emptorem hereditatis.* Cæterum anne & actiones paſſiuæ, quæ aduerſus heredem & hereditatis venditorem competierunt, transferantur per venditionem in emptorem hereditatis, ſic, vt non amplius venditor, ſed emtor à creditoribus hæreditariis & à legatariis & fideicommiſſariis conueniri debeat non immerito quæritur?

Quod enim poſt hereditatem venditam emptor hereditatis conueniendus ſit, nec amplius venditor conueniri poſſit, hæc ratio ſuadere videtur quod incõmodum hereditatis ſit æs alienum à defuncto contractum, onera vero hereditariæ vnà cum hereditate transferantur in hereditatis emptorem.

Hæc tamen ratione non obſtante, cõtraria ſententia veriſſima eſt, & quod võditor adhuc conueniri poſſit isque creditoribus hereditariis, legatariis & fideicommiſſariis reſpondere teneatur, Doctor. authoritate probatur vt & *l. 2. C. de heredit. vel act. vendit.* Cuius hæc ſunt verba: *Ratio iuris ipſa largitur, vt creditoribus hæreditariis & legatariis, ſeu fideicommiſſariis te conuenire volentibus, reſpondeas, & cum eo, cui hereditatem venundediſti tu experiaris ſuo ordine: & vt tibi detur ſero deſideras, quoniam eo tempore, quo venundabatur hereditas hoc non eſt comprehenſum: Quamuis ea lege emerit vt creditoribus hereditariis ſatisfaciat.*

Et ratio huius hæc eſt, ꝙ venditor fuerit hæres: Hæres aũt obligetur æri alieno ſeu creditoribus omnibus hereditariis *l. vlt. C. de hered. act. l. pacto. C. de pact. l. more. ff. de acq. heredit.* Obligetur etiam legatariis & fideicommiſſariis §. *heres. Inſt. de obligat. quæ quaſi ex contract.* Hanc obligationem heres pacto ſuo mutare non poteſt, nec quouis modo deteriorem ſuorum creditorum conditionem reddere *l. debitorum, C. de pact. l. debitorem C. de pignoribus l. ſoluendo. D. de negot. geſt.*

Deinde pactum duorum non poteſt præiudicare tertio *l. 3. D. de tranſact. l. 27. §. 4. D. de pact.* Iam vero ſi, vendita hereditate, creditores hereditarii non amplius poſſent ipſum heredem conuenire, ſed aduerſus emptorem hereditatis actiones ſuas intentare cogerentur, certe contractus iſte emptionis-venditionis præiudicaret creditoribus hæreditariis, legata-

riis & fideicommiſſariis; ius ſiquidem legitime ipſis quæſitum, tolleret.

Denique nemo poteſt, inuitis creditoribus, obligationem in alium transferre: atqui hoc fieret in propoſito, heres obligationē, aditione hereditatis, ſponte in ſe ſuſceptam, transferet in hereditatis emptorem.

Etſi igitur cætera hereditatis onera in emptorem hereditatis transferuntur, quo minus tamen & hoc æris alieni onus in emptorem tranſeat rationes modo adductæ prohibere videntur.

*Lit. D.* Præterea in contractum emptionis-venditionis deducuntur non modo præſentes & iam exiſtentes, ſed etiam quæ in rerum natura non ſunt, futuræ tamen ſunt, *l. 8. ff. de contrahend. empt. l. 8. ff. de peric. & cōmod. rei vēdit.* Quod ſi res quidē extat, ſed non extat ēt emptori, eo ꝙ eius euentus planè incertus eſt, veluti iactus retis valet tamen emptio, quamuis euentus non fuerit ſecutus *l. 8. §. 1. ff. de contrahend. empt.* Quod ſi vero res planè non extat, extitura tamē ſperatur, tum ſiquidē planè non exiſtit, ſed in totum deficit emptio-venditio reſoluitur: Sin ex parte ſaltem minime exiſtit, emptio valet, ita vt de pretio nil quicquam remittatur, *d. l. 8. pr. ff. de peric. & commod. rei vendit.*

*Lit. E.* Alienas quoque res vendi poſſe indubitati iuris eſt *l. 28. ff. de contrahend. empt. l. 11. §. 1. ff. de act. empt.* Rationem eius hāc adducit Author noſter, quod venditor non cogatur rem venditam emptoris facere, prout expreſſe ſcriptum eſt in *l. 25. ff. de cōtrahend. empt.* Etenim vis emptionis venditionis non conſiſtit in domino transferendo *d. l. 11. §. 1. ff. de act. empt.* Quocirca valeat ac ſubſiſtit rei alienę vēditio ad hoc vt euictionis nomine venditorē obliget, id eſt, vt ſi res euincatur, quāti emptoris interfuerit, præſtet *d. l. 11. §. 1.* Quod ſi tamen vterque ſciuit rem eſſe alienam de euictione venditor non tenebitur *l. ſi in emptione 34. § item. ff. de contrahend. empt.*

*Qu. 20. An venditor teneatur ad dominiū transferendum?*

Idem dicendum eſt ſi ſolus emptor ſciuerit rem alienam eſſe *l. 27. C. de euict.* Niſi fortaſſis expreſſa pactione aut ſtipulatione, in caſum rei euictæ, ſibi proſpexerit. *l. 28. C. de euict.* ſed de hac re prolixius dicetur infra, cum de Euictione tractabitur.

Illud tamen, quod dictum eſt, venditorem non teneri dominium rei venditæ in emptorem transferre, non immerito abſurdum alicui videri poſſet, cum conceditur, emptorē teneri dominium pretii in venditorem transferri *d. l. 11. §. 2. ff. de contrahend. empt.* Iam vero correlatiuorum eandem conditionem eſſe oportet, ſic vt quod iuris in vno ſtatuitur, idem quoque in altero ſtatuendum ſit.

Veruntamen argumentum hoc ex natura correlatiuorum petitum, non eadē, ſed diuerſa ratio eſt correlatorum, vt hic: emptor enim debitor eſt generis, quia non certos nummos, hos, aut illos, ſed nummos in genere debet: venditor autem eſt debitor certę ſpeciei, idcirco cum hæc ſpeciei certæ obligatio grauius ipſum oneret, quam emptorem obligatio generis, idcirco in hoc releuandus videbatur venditor vt non teneretur in emptorem rei venditæ dominium transferre.

Porro quod rei alienæ venditio non ſubſiſtat, ſed rem propriam duntaxat vēdere & in emptorem transferre oporteat videtur probare *l. 1. C. de communium rer. alienat.* vbi venditio rerum communium facta ab alterutro ſocio, reſpectu portionis ſocii, in venditionem non conſentientis illicita pronunciatur.

Ad hoc duplex eſt reſponſio: primo enim venditio rei alienæ, cum dicitur valere, intelligendum id eſt non quoad pręiudicium domini, ſed, quoad præiudicium ipſius vendentis, qui obligatur ex empto ad præſtandam euictionē vel intereſſe. Atqui in *d. l. 1.* illicita dicitur vēditio rei alienæ reſpectu domini, de quo, vtrum aliquid vēditio præiudicet, quæſtio inſtituta erat. Deinde obſeruandum eſt

quod

Digitized by Google

in titulo iſto, ſub qua *d. l.1.* collocatur, agatur non modo de communium rerũ venditione, ſed de alienatione et eorundem: atqui nec res aliena, nec res cõmunis ſine ſocii conſenſu, poteſt alienari *tot. tit. C. de alien. reb. non alienand.* Alienationẽ vero diuerſiſſimum eſſe à venditione, in propatulo eſt: vendere quippe, vti Cuiac. ait, eſt conſentire vti merx cum pecunia commutetur: alienare vero eſt dominiũ transferre: illud igitur in re aliena locum habere poteſt: hoc vero non item. Atqui, dices, *d. l.1.* loquitur de venditione & eam appellitat illicitam: Reſpondeo de venditione ea loquitur quã erat traditio ſecuta, vt ex verbis textus haut obſcure lucet.

Idem quoque ad *l 3. C. de rei vendic.* reſpondẽdum eſt, cum ibi dicitur matrem non potuiſſe filii fundum vẽdere; ex quo infertur rei alienæ venditionem non valere: nam & ibi quæſtio erat vtrum mater potuerit fundum filii in præiudiciũ eius vendere, ſic vt filio eius fundi vindicandi nulla competeret poteſtas? Deinde non de nuda venditione, ſed de ea quam ſubſecuta erat traditio, quæque alienationis ſpecies eſt, ibidem ſermo fuit.

*Lit. F.* Qu. 27. *An vẽdito caſtro cẽſeatur etiã iuriſdictio vendita?* Res porro vendi cenſetur vnà cũ ſuis acceſſionibus atq; vniuerſis, quæ rei iſti cohærent. cum acceſſorium principale ſequi debeat *l. 13. cum ſeqq. ff. de act. empt. l. 67. l. 73. & 76. ff. de contrahend. empt.* Hinc infert noſter Treutler. quod, vẽdito caſtro, quamuis iurisdictionis nulla penitus mentio in emptionis contractu facta ſit, iuriſdictio tamen vendita cenſeatur.

Mihi placet vulgaris iſta Dd. diſtinctio, qui diſtinguunt inter caſtrum, ſiue pagum, cui cohæret iuriſdictio & eum, cui non cohæret iurisdictio vt illo vendito & iuriſdictio vendita cenſeatur: hoc autem vendito iuriſdictio non perinde intelligatur eſſe vendita; atq; hocmodo diſtingu.t etiam Couarruu. *quæſtion. practicar. 1.*

Cæterum indubio cum non conſtat vtrum iurisd.ctio, quam venditor iſto in caſtro exercuit, cohæſerit perſonæ eius, an vero territorio quæſtio eſt inſigniter difficilis quid ſtatui & vtrum territorio, ſiue caſtro potius, an perſonæ venditionis cohæſiſſe dici debeat?

Equidem Matthæus Weſenb. *paratit. ff de iuriſdict. nu. 16.* Vdalric. Zaſ. *in Epitom. feud. part. 4. n. 20.* Herman. Vultei. *in tract. feud. lib. 1. c. 5. n. 5.* ſtatuunt, in dubio iuriſdictionem territorio & caſtro potius quã perſonæ adhærere cenſeri. Aſſertionis huius fundamenta ſequentia adducunt.

1. In *l. 1. §. 4. ff. de offic. praefect. vrb.* aſſeritur; præfectum vrbi iurisdictionẽ ſuam intra vrbem duntaxat exercere poſſe extra vrbem vero pro priuato ipſum haberi, nec vllam ei iuriſdictionem competere. Idemque etiam de præſide affirmatur in *l. 3. ff. de offic. praeſid.* vbi Paulus: *praeſes*, inquit, *prouinciæ in ſuæ duntaxat prouinciæ homines imperium habet, & hoc, dum in prouincia eſt; nam ſi exceſſerit, priuatus eſt.* Quocirca ipſi territorio cohæret iuriſdictio, alioquin etiam extra territorium iuriſdictionem exercere poſſent, nec pro priuatis haberentur præfectus vrbi & pſes prouinciæ, ſi perſonis illorũ iuriſdictio cohæret.

2. Quo facit et generale iſtud effatum ICti Pauli *in l. fin. ff. de iuriſdict.* vbi ait; *Extra territoriũ ius dicenti impune non paretur*: Item &, etſi ſupra iuriſdictionẽ ſuam velit ius dicere: atqui ſi non territorio, ſed perſonæ ius dicentis cohæret iurisdictio, etiam extra territorium ius dicenti parendum foret.

3. In *l. 239. §. territorium. ff. de verb. ſignificat.* Territoriũ dicitur inde ſic dictum, quod magiſtratus eius loci intra fines vniuerſitatis agrorũ, q̃ territorii nomine deſignatur, ius habeat terrẽdi ac ſubmouẽdi. vnde rurſus colligitur quod iurisdictio potius caſtro & territorio, quam perſonæ magiſtratus & ius dicentis affixa ſit.

Verum ſententia hæc vix defendi ac ſuſtineri poeſt. Etenim, quod iuriſdictio ſit quædam poteſtas perſonæ & quidem magi-

Digitized by Google

magiſtratui competens, perſpicue euincunt *l. fin. de offic. praefect. vrb. l. eum qui* §. 1. *ff. de iuriſdict. l. poteſtatis. D. de verbor. ſignificat. l. penult. D. ne vis fiat. l.* 1. §. *neceſſario D. ſi ventr. nomine. l.* 3. *C. de iuriſdict. l.* 6. *in verb. gladii poteſtatem D. de offic. proconſul.* Quod itaq; iurisdictio eſt poteſtas magiſtratui competens, ſequitur magiſtratui eam inhaerere, ipſiusque & non caſtri adiunctum eſſe.

2. Inſuper iurisdictionis vim omnem in iure dicundo conſiſtere, certum & indubitatum eſt; atqui ius dicere, ius reddere & ius decernere, non praedii, non caſtri, vel territorii eſt, ſed perſonae & magiſtratus.

3. Poſtremo ſi iurisdictio non à re accédit perſonae, ſed immediate à perſona ſuperioris videlicet magiſtratus, obuenit perſonae, ſequitur quod non cohaereat caſtro, ſed perſonae; atqui prius eſt verum, ſequitur ergo poſterius; prius ideo verum eſt, quia quisque iurisdictionem nanciſcitur, vel ordinario iure, hoc ipſo nempe quod conſtituitur magiſtratus à ſuperiore, vel extra ordinem & iure ſpeciali puta lege vel conſtitutione aut conſuetudine quadam *l.* 1. *pr. D. de offic. eius cui mand. eſt iurisdict. l.* 7. *D. de offic. proconſul. l.* 2. §. *& haec omnia* 33. *D. de O. R. l.* 6. *D. de iuriſd.* ſequitur itaq; quod iuriſdictio nō praedio, ſed perſonae in dubio cohaereat.

Non repugnant, quae ſupra ex *l.* 1. §. 4. *D. de offic. praefect. vrb. l.* 3 *D. de offic. praeſid. & ex l. fin. D. de iuriſdict.* allata ſunt, diſtinguẽdum quippe eſt inter iurisdictionis ſubiectum in quo, & ſubiectum circa quod: ſubiectum iurisdictionis in quo, ſeu ſubiectum inhaeſionis, non eſt territorium, ſed perſona. ſubiectum vero, iurisdictionis circa quod eſt territorium & caſtrum, intra cuius limites & terminos magiſtratus ſuam iurisdictionem exercere ſolet.

Idem quoque ad *l.* 239. §. *Territorium. D. de verb. ſignificat.* reſpondendum eſt: nam & ibi deſcribi ſubiectum iurisdictionis non in quo, ſed circa quod palam eſt ex ipſo textu.

Cum itaque, vt hactenus fuit oſtenſũ, iuriſdictio perſonae cohaereat, non vero caſtro conſequens, & vendito caſtro ſeu pago non cenſeri iurisdictionem etiam venditã, niſi palã ſit quod antea quoq; ipſi territorio & caſtro iuriſdictio cohaeſerit.

Equidem in allegatione *d. l.* 1. §. 4. *D. de offic praefect. vrb.* manifeſta committitur fallacia cauſae quandoquidem ibi iurisdictio transfertur ad praefectum vrbi non propter caſtrũ ſiue prouinciam ei cõceſſam ſed propter adminiſtrationem cui magiſtratus neceſſario cohaeret, ita vt nulla ratione ab ea ſeparari poſſit *l.* 1. *pr. ff. de offic. eius cui mandat. eſt iuriſdict.*

Idem dicendum ait noſter Autor de iure Patronatus, quod, ſacello vendito, dicit vna venditum & in emptorem translatum cenſeri. Nititur *c.* 7. *extr. de iure patron.* vbi fundo, in quo ſacellum, ſiue vt loquũtur capella erat, locato, ipſum quoque ius patronatus locatum dicitur.

Etſi enim ius patronatus alias huiusmodi res eſſe videatur quae per ſe vendi non poſſit, cum vniuerſitate tamen, villa videlicet & caſtro illud transferri verius eſt *arg. l. in modicis. ff. de contrahend. empt.* vbi dicitur quod res religioſae per ſe alienari aut in commercium deduci nequeunt, cum vniuerſitate tranſeant.

Hinc plerique Canoniſtae, quorum è numero eſt etiam Panormitanus in *d. c.* 7. diſtinguunt, vt ſi villa tota vel caſtrũ quae in ſe habent vniuerſitatem & diſtrictum, vendita fuerint, tunc ius patronatus, inhaerens ſacello, ſiue capellae, vna venditum cẽſentur: Sin vero ſola capella ſiue ſacellum venditum fuerit ius patronatus non tranſeat, quia non ſufficiat vt hoc ius rei particulari venditae inhaereat.

Sed tamen circa poſterius hoc diſtinctionis membrum alii rurſus diſtinguũt hoc modo, vt ſi ſacellum non habeat viam ſeu aditũ niſi per fundũ, cui cohaeret

tunc

Digitized by Google

tunc fundo iſto vendito, cenſeatur ipſum quoque ſacellum venditum, vt quod hoc caſu à fundo dependeat; Si vero aditum habeat & viam e publico ſacellum, tunc quamuis fundus cui adhæret ſacellum venditus ſit, non tamen etiam ius patronatus cenſeatur venditum eſſe; quia hoc caſu ſacellum & ius patronatus à fundo non pendet.

Nicolaus Mozzius in *tract. de contrahend. empt. column. 4. num. 41.* hanc diſtinctionem procedere ait quando ille, qui vendidit fundum, in quo erat ædificata capella, non habuit niſi illum fundum & ſic fundus reſpexit totum eius patrimonium &, quoad vendentem, fuit ius quoddam vniuerſale, vt quod vniuerſa eius reſpiceret bona, preſertim vero ſi dixiſſet vendo tibi bona mea hoc eſt fundum Tuſculanum.

*Lit. G.* Qu. 28. *An dominiũ ex emptione per traditionẽ transferendum requiratur vt vacua poſſeſſio ſit tradita?*

In emptorem transferendum eſſe vel dominium, vel dominij cauſam, expeditum eſt de vacua poſſeſſione dubitatur vtrumne ad translationem dominii neceſſaria ſit eamque venditor emptori præſtare teneatur? Negantium ſententiam comprobant Donellus 4. *Comm.* 19. ibidemque Hilligerus Philippus Matthæi *ad l. 11 ff. de Reg. Iur.* Petr Gilcken. *ad l. 12. C. de probat.* vbi & Salicet. Bart. Bald. Fulgoſius, Cynus & Angelus. Quam ſuam ſententiam probant primo hac ratione; illorum bonorum, quorum in poſſeſſionem miſſi ſunt creditores, ſi in fraudem creditorum fuerint alienata, dominium transfertur, vt probat *l. 14. ff. quæ in fraudẽ creditor.* & id ipsũ evincit hæc ratio, quod niſi dominium transferretur, reuocationi locus non eſſet, adeoque edictum iſtud plane otioſum & ſuperfacuum foret; & tamen vacua poſſeſſio à debitore fraudante tradi non poteſt *l. 2. §. 1. de act. empt.* vt in qua iam tum conſtituti ſint creditores. Igitur dominium ſine vacua poſſeſſione transferri poteſt.

2. Quibus in locis de dominio per traditionem transferendo agitur, præter traditionem ac voluntatem domini, rem ſuam transferre volentis, & iuſtã cauſam ex qua fiat traditio, nihil amplius requiritur §. *per traditionem. Inſtit. de rer. diuiſ. l. 20. Cod. de pact.* Traditur autem corpus, cũ alteri apprehendendum & tenendum ſine cuiusquã impedimento datur etiamſi in accipientem vacua poſſeſſio non transferatur: Idque tradendi & accipiendi verbum ſignificat.

3. Ad dominium iure gentium acquirendum poſſeſſio rei non eſt neceſſaria: poteſt enim dominus eſſe iure gentium, qui non poſſidet: & poſſidere, qui non eſt dominus, vnde dicitur nihil commune habere proprietas cum poſſeſſione *l. 12. §. 1. ff. de acq. poſſ.* item ſeparatam eſſe debere poſſeſſionem à proprietate *l. 1. §. 1. ff. vti poſſidet.* Nec proprietatem cum poſſeſſione permiſceri oportere *l. permiſceri. ff. de acquirend. poſſeſſ.* hæc vero generaliter dicta non magis ad quæſitum dominium, quam ad acquirendum pertinent, nec ratio eſt, cur in acquirẽdo dominio, cõiuncta cum dominio poſſeſſio eſſe debeat poius, quam in dominio quæſito.

4. Sed & ſine poſſeſſione acquiri poſſe dominium traditione, euidenter demonſtratur hoc argumento; nam ſi homini libero, qui bona fide ſeruit, quid donatum ſit ab alio, id eſt, donationis cauſa quid traditum, id ei acquiritur *l. acquiruntur §. vltim. ff. de acquiren. domin.* Et tamen is traditi poſſeſſionem ſibi acquirere non poteſt: quia placet eum poſſidere non poſſe, qui ipſe poſſidetur: *l. liber homo §. vltim. ff. eod.* ex quo efficitur huic homini dominium ſine poſſeſſione acquiri.

5. Confirmatur hoc inſuper *l. ſi fundum 16. ff. de fundo dotal.* in qua proponitur fundum quem Titius poſſidebat, cuiuſq; poſſeſſio vacua non erat, à muliere marito in dotem eſſe datam; adeoque dominium eius in maritum eſſe translatum *pr. Inſt. quib. alien. licet.* Vnde liquido pateſcit



Digitized by Google

dominium per traditionem transferri, etſi alius in poſſeſſione fuerit.

6. Eodem præterea facit *l.quisquis. C.de donation.* in qua rei donatæ dominium transfertur ſine traditione, per ſolam retentionem vſusfructus.

Quibus accedit & hoc quod rei hæreditariæ legatæ dominium ipſo iure trãsferatur in hæredem & legatarium, quãuis eius poſſeſſionem nondum ſint nacti *l.64.ff.de furt.l.8.ff.de legat. 2.l.23.ff. de acq.poſſ.*

Idem poſtremo confirmari videtur *L. commiſſoria.C.de pact.int.empt.l.1.C. de don. quæ ſub modo.* vbi dominium ſine traditione & vacuæ poſſeſſionis apprehenſione acquiri dicitur.

Pro contraria opinione, quod nempe dominium transferri non poſſit per traditionem, niſi vacua poſſeſſio fuerit tradita, pugnant non minoris authoritatis Iuriſconſulti. Anton. Contius *lib.1.diſp.8.* Franciſc. Hotom. *illuſtr.quæſt.* 11. Iaſon *ad §.actionum Inſt.de act.* Harprechtus *ad §. per traditionem Inſt.de rer.diuiſ. nu.*21. Tobias Paurmeiſter *de iuriſdict.lib.1.c.*20. *nu.* 14. Nicol.Intrigl.*de feud.q.*12.*nu.*26. Conan.1.*comm.*8. Mynſinger. *cent.*1.*obſ.* 53. Gœddæus *ad l.* 188.*de verb. ſignif.* Bronchorſt.*lib. 2.centur. 3. aſſert.*81. Anton. Matth.*in not ad §.per traditionem. Inſt. de rer.diuiſ.* Quibus & ego haud inuitus accedo. Fundamenta vero illorum hæc ſunt.

1. In *l.8.C.de action.empti.* Imperatores Diocletianus & Maximin. expreſſe reſcribunt, ſi pater conſulentis Euſebii fundum vendiderit, nec emptorem in vacuam poſſeſſionẽ induxerit, ius omne prædii penes eum manſiſſe, adeoque nec dominium translatum eſſe.

2. Idemque Imperatores in *L. cum res.12.C.de probat.* ad probationem dominii translati & acquiſiti requirunt, vt doceatur emptionem eſſe factam, numeratum eſſe precium & emptorem in vacuam poſſeſſionem eſſe inductum.

5. In *l.13.C.de diſtract.pign.* Theodotæ ita reſcribunt: *Qui prædium obligatum à creditore comparauit, ſi in vacuam poſſeſſionem inductus non ſit, nullam in rem actionem habere:* cui conſequens eſt, quod antequam in vacuam poſſeſſionem emptor inductus fuerit, dominium prædii non habeat, alioquin in rem agere poſſet, *arg.l.23.ff.de rei vindic.§.1.Inſt.de action.*

Equidem Donellus, & qui eum ſequuntur reſpondent, in *l.8.C.de act.empt. & l.13.C. de diſtract. pignor.* Imperatores poſſeſſionis verbo nihil aliud intelligere, quam detentionem nudam, qualis ſufficiat ad dominium transferendum & acquirendum, non etiam poſſeſſionẽ proprie ſic dictam. Cum enim traditur, creditorem iure ſuo pignus diſtrahere, & ſi diſtractum tradat, dominium transferre, in hac diſtinctione nihil aliud acquiritur, quã traditionẽ eius, quod ipſe habet creditor. At creditor in pignore, ait. Donellus, ſolam habet ac nudam detentionem, quam etiã Seruiana auocat: quocirca ab ipſo creditore non requiritur, vt veram poſſeſſionem, quam ipſe non habet, ſed vt nudam duntaxat detentionem transferat. Poſtremo ad omnes eos textus, in quibus requiritur ad dominii traslationẽ vacuæ poſſeſſionis traditio; Reſpondet Donellus in genere: vacuam poſſeſſionẽ in iure noſtro dupliciter dici; vno modo detentionem corporalem rei, vt ſæpe poſſeſſionis verbum abuſiue vſurpatur, *l.12.ff.de acquir.poſſ.* vacuam autem ab omni alio detentore, qui apprehenſionem noſtram impediat: altero vero modo eam appellari vacuam poſſeſſionem, quæ vera ſit poſſeſſio, vacua & ipſa ab omni alio vero poſſeſſore, etiam qui procul abſit à re & tantum poſſideat animo: transferendum igitur dominium priorem ſufficere; poſteriorem non eſſe neceſſariam. Itaque & cum in transferendo dominio nominatur vacua poſſeſſio, prio-

Digitized by Google

priorem intelligi debere, non poſteriorem.

Reſp. Veruntamen hac Donelli reſpõſione fundamenta noſtra minime euertuntur: nam præterquam quod plane diuinatorium ſit in legibus adductis verbum poſſeſſionis abuſiue pro nuda deteſione vſurpari; atque in dubio à propria ſignificatione recedi nõ debeat *l. non aliter de legat. 3.* veriſimile etiam non eſt, in tot legibus, & quidem omnibus illis in locis, in quibus ad translationem poſſeſſio deſideratur, adeo conſtãter poſſeſſionis, nullibi vero detentionis mentionem fieri, ſi non poſſeſſio, ſed detentio nuda ad transferendum dominiũ requiritur.

Nec ratio Donelli euincit in *d. l. 13. C. de diſtract. pignor.* nomine poſſeſſionis ſolam detentionem intelligi; ſiquidem creditorem plus etiam, quam ipſe in pignore habet, trãsferre, aperte teſtatur Vlpian. in *l. non eſt nouum ff. de acquir. dom.* in qua: non eſt nouum, vt qui dominium non habet, alii dominium præbeat: nam & creditor, pignus vendendo, cauſam dominii præſtat, quam ipſe non habuit. Et de poſſeſſione idem Iauolenus ſcribit in *l. 21. ff. de acquir. poſſ. Interdum*, inquiens *poſſeſſionem, quam non habemus, alii tradere poſſumus, veluti cum is, qui pro hærede rem poſſidebat, antequam dominus fieret, precario eam ab hærede rogauit.* Quid igitur mirum ſi & creditor, qui pignoris poſſeſſionem non habet, in emptorem eam transfert?

Pari modo non impedit quod idem Donellus ad *l. 12. C. de probat.* reſpondet: ibi ad dominii translationem probandam requiri, vt doceatur vacuam poſſeſſionẽ eſſe traditam, quia mulier patrem ſuum in vacuam poſſeſſionem inductum eſſe intenderit; non quia ad dominium transferendum inductio in vacuam poſſeſſionem fuerit neceſſaria.

Reſpond. Etenim & hæc reſponſio eſt plane diuinatoria, & eadem facilitate, qua adſtruitur, deſtrui poteſt. Quin potius, quod idcirco probatio inductionis in vacuam poſſeſſionem requiſita fuerit, qui ſine ea transferri dominium per traditionem nequiuerit, exiſtimo liquido ex ipſa lege pateſcere. Aiunt ſiquidem Imperatores (chroniam cõſulentẽ debere (quod verbum neceſſitatẽ importat) iure proditis probationibus docere, patrẽ illius in vacuam poſſeſſionem inductum: ad quid vero imponeretur eius rei probatio, ſi eo etiam non demonſtrato dominiũ nihilominus translatum eſſe ſufficienter probatum cenſeretur? nec enim credibile eſt Imperatores voluiſſe conſulentem non neceſſariis probationibus onerare.

Nec mouet, quod regerit Donellus exigere in eadem lege Imperatores, vt emptio ſit facta & precium numeratũ, quorum tamen neutrum ad dominium transferendum neceſſarium ſit, cum poſſit dominium quæri ex alia cauſa, quã emptionis, & ex emptione aliter, quam vt precium ſit numeratum. Reſpond. nã ad dominium per traditionem transferendum omnino neceſſarius eſt iuſtus titulus, ex quo res tradatur, quare neceſſum habebat Chronia allegare titulum traditionis eumq; probare, aliũ vero quam emptionem allegare non poterat: quocirca vt probaret dominium in patrẽ translatum fuiſſe, docere neceſſum habebat emptionẽ eſſe perfectam, ita vt niſi id demõſtraret cauſa caderet: cũ porro ad dominium ex emptione vẽditione transferẽdũ requiratur, vt preciũ numeratum, aut aliter ſatisfactum ſit venditori, §. *vendita, Inſtit. de rer. diuiſ.* certum vero fuerit aliter à conſulente venditori ſatisfactum non fuiſſe, quam ſolutione precii, in qua ſe fundabat, idcirco & hanc precii numerationẽ docere iubetur. Proinde ſicut emptionẽ factam & numerationẽ ſecutam, ad demõſtrandã dominii translationẽm, probare neceſſũ habet, nec dominiũ acquiſitũ probaſſe cenſetur, niſi his demõſtratis?

ſtratis; ita quoque inductionem in vacuam poſſeſſionem docere cogetur; nec prius intelligetur dominii acquiſitionem probaſſe, niſi hanc præceſſiſſe oſtenderit.

4. Inſuper dari & tradi dicitur res, cum poſſeſſio eius vacua traditur: & tradere eſt vacuam poſſeſſionē transferre: hinc, qui fundū tradere promiſit, vacuā poſſeſſionē transferre tenetur, *l.52.§.1.ff. de verb.oblig.* & qui ex venditione ad rem tradendā obligatus eſt, tenetur vacuam transferre poſſeſſionē, *l.2.§.1.l.3.§.1. ff. de act.empt.* huic itaque conſequens dominium per traditionem aliter transferri nō poſſe, niſi vacua poſſeſſione tradita.

5. Adhæc non parum confirmat hanc ſentētiā, quod ex naturali poſſeſſione dominium cœpiſſe Paulus ſcribit *in l.1.§.1.de acquir.poſſeſ.* hic enim colligitur, eā quoq; præſtandam eſſe, vt dominium tranſeat: at trāsferri poteſt, vbi facua nō eſt, quia duo in ſolidum eandem rem poſſidere nequeunt *l.3.§.5.de acq.poſſ.*

Nec audiendum puto Donellum, qui iſtam Pauli ſententiā ad eas res, quæ prius nullius fuerunt in bonis, reſtringere conatur, quaſi illæ tantum transferri nequeant ſine vacuæ poſſeſſionis traditione. Reſp. Id enim diuinatoriū eſt, nec probatur exemplis ſubiectis, quia exempla non reſtringunt regulam, ſed declarant.

6. Poſtremo non parum roboris ſententiæ noſtræ addit *l.cum fundum 18.ff.de vi & vi armata,* vbi quod quærimus, diſerte exprimi videtur, emptorem non aliter fieri dominum, quam ſi à colono venditoris admittatur: ſi vero ab eo vi repellatur, cum mandatum habeat eundi in vacuam poſſeſſionem, eum non poſſidere, ne ciuiliter quidem, nec interdictum habere.

E quibus ſingulis atq; vniuerſis perſpicuum euadit dominium ſine vacua poſſeſſione transferri per traditionem nullo modo poſſe. Videndum nūc quidnam ad contrariæ opinionis fundamenta reſponderi poſſit.

*Ad primum* reſpond. quod in *d.l.14.* dicitur, actione in factum reuocari dominia rerum, in fraudem creditorum alienatarum, non neceſſario intelligendum id eſſe de dominio earum rerum, quarum in poſſeſſionem miſſi ſunt creditores; quia Pauliana actio, vt ipſe Donellus author eſt ad *§.item ſi quis nu.9.Inſt.de act.* competit de rebus, in fraudem creditorum alienatis, non ſolum quando bona à creditoribus poſſeſſa ſunt; ſed etiam quando poſſeſſa non ſunt, *l.15.& l.17.§.1.D.quæ in fraud. credit.* quapropter cum ex hactenus dictis ſatis conſtet, fieri non poſſe, vt traditione dominium transferatur, cum poſſeſſio vacua non eſt, vacua autem non ſit poſſeſſio earum rerum, quarum in poſſeſſionē miſſi ſunt creditores, *d.l.2.§.1.D.de act. empt.* idcirco dominium earundem rerum tunc demum transferri dicendum eſt, quando in poſſeſſionem creditores miſſi non ſunt atque de eo potius caſu accipienda eſt *dicta l.14.* cum in dubio ſemper ea ſit arripienda & retinenda ſententia, quæ vitio caret, & rationi iuris ac legibus congruit.

At de illis rebus, quarum in poſſeſſione ſunt creditores, alienatis reuocandis fruſtra dabitur actio, ſi alienatis non eſt rata, nec dominium transfertur? Reſp. Non ſequitur: ſiquidem etiam res eas quæ ab aliis nude ſolum detinentur, quarumque dominium translatum non eſt, actionibus reuocamus, nec fruſtra, *arg. §.1.Inſt.de act.*

Ad ſecundum reſp. ipſa traditione, cōtineri vacuæ poſſeſſionis trāslationē, quia, vt ex *l.28.l.52.§.1.D.de verb. obligat. l.2.§.1.l.3.§.1.D.de act.empt.* liquet rē tradere idem eſſe, quod vacuam poſſeſſionem tradere: quapropter in *d.§.per traditionem, Inſt.de rer.diuiſ.& l.20.C.de pact.* per traditionem intelligitur vacuæ poſſeſſionis traditio. Inſuper non eſt infrequens in iure noſtro, vt quod in vna lege omiſſum eſt, id ex alia lege ſuppleatur, textus ſiquidem cum textu conferri debet, ac inciuile

Digitized by Google

ciuile eſt de toto iure iudicare velle eius particula duntaxat inſpecta & conſiderata, *l. inciuile ff. de legibus*, quocirca cum *in l. 12. C. de probat. in l. 8. C. de act. empt. & l. 13. C. de diſtract. pignor.* vacua poſſeſſio ad dominium traditione transferendum diſerte requiratur, ſic vt aliter non poſſit dominium transferri, niſi vacua ſimul poſſeſſione tradita, *d. l.* 8. ideo ex hiſce textibus claris atque perſpicuis, *d. §. per traditionem*, vt & *d. l. 20.* interpretandi & ſupplendi erunt. Et niſi Donellus hoc admittat, nolens volens fateri cogetur, ad dominii translationem nec eam requiri poſſeſſionem, quæ à nuda detentione ſit vacua quam tamen ipſe omnino neceſſariam eſſe ſtatuit, cum nec huius *in d. §. per traditionem & in d. l. 20.* vlla fiat mētio.

Ad tertium reſpond. A dominii adquiſitione ad eſſentiam ipſius dominii, tanquam à ſeparatis & diuerſis, mala fit illatio: nec ſequitur, poſſeſſio eſt diuerſa & ſeparata à dominio, nec quicquam cum proprietate habet commune; ergo ab acquiſitione etiam dominii debet eſſe ſeparata, nec quicquam cum ea commune habet: nam perinde eſt, ac ſi quis hoc modo argumentaretur; titulus ſeu cauſa qualis eſt emptio, donatio, dotis datio &c. eſt ab ipſo dominio acquiſito diuerſus, nec cum dominio aliquid habet cōmune; ergo ad dominium, traditione acquirendum, non eſt neceſſarius titulus. Et annon, quamuis poſſeſſio à dominio ſit ſeparata, ad illud tamen, vſucapione acquirendum, poſſeſſio neceſſaria eſt? *pr. Inſtit. de vſucap. l. fine D. de vſurpat. & vſucap.* nuda detentio eſt & ipſa à dominio ſeparata, nec magis quicquam cum eo habet commune, quam vera poſſeſſio; & tamen hanc ad dominiū traditione transferendum neceſſariam eſſe, Donellus fatetur. Præterea quod dicitur, poſſeſſionē nihil habere commune cum proprietate, itē poſſeſſionem à proprietate eſſe ſeparatam, id non vniuerſaliter verum eſt, vt alibi prolixe oſtendetur; interim videri poſſunt Giphanius & Coraſius in *d. l. 12.* & Tobias Paurm. in *loco ſupra citato.*

Ad quartū reſp. *in d. l. homo liber.* nō ſimpliciter dicitur: liberū hominē, bona fide poſſeſſum, naturaliter poſſidere nō poſſe; ſed non poſſidere intelligi, id eſt ciuili ac ſingulari ratione non poſſidere fingi: certum eſt autem ea, quæ contra rationē vel tenorē iuris communis, quod in aliquo genere rerū de toto genere, vel verbis, vel ratione in cōmune & vniuerſum primo conſtitutum eſt, propria & ſingulari ratione certis in cauſis & perſonis poſtea ſancita ſunt, ad conſequentiam non eſſe producenda, *l. ius ſingulare D. de legibus* & vt, inquiunt Interp. quæ à iure communi exorbitant, ſi reſpectu certarū perſonarum ſint introducta, ad alias perſonas extendi non poſſunt, *l. 1. ff. de conſtit. princip.* ita reſpondet Tobias Paurmeiſter.

Ad poſtremum reſpondetur in caſu *l. ſi fundum 16. ff. de fundo dotali.* fundum, qui à Titio poſſidebatur, non fuiſſe marito traditum, & conſequenter, nec dominium illius ei acquiſitum, ſed ſolum in dotem deſtinatum ac promiſſum.

Quod enim corporaliter non fuerit marito traditus, inde liquet, quod à Titio corporaliter poſſideri proponatur, duo autē in ſolidū eandem rē ſimul corporaliter poſſidere nequeant, *l. 3. ff. de acquir. poſſ.* item, quod proponat Triphonius fundum peti debuiſſe vindicari à Titio: at petere & vindicare fundum non potuiſſet maritus, ſi à Titio fuiſſet corporaliter poſſeſſus *§. 1. & §. æque. Inſt. de act.* accedit præterea quod, vt ipſe ſtatuit Donellus, ad dominium traditione transferendū requiritur vt vacua tradatur detentio rei corporalis: in caſu autem *d. l. 16.* detentio fundi non erat vacua, ſiquidem fundus à Titio corporaliter detinebatur. Igitur ex ipſius Donelli ſententia ſtatuendum, in caſu *d. l. 16.* dominium in maritum translatum non fuiſſe. Notandum autem quod fundus in iure

dicitur in dotem datus , qui etiam marito ex cauſa dotis nondum traditus eſt vt in *l.14.& ſeq.ff de iure dot.* obſeruandum præterea quod in caſu *d.l.16.* maritus fundum petere potuerit nō actionibus propriis, ſed actionibus ab vxore ſibi ceſſis. *arg.l.nuptura l. cum poſt.§.1.l.Mulier bona.ff. de iure dot.*

RESOLVTIO THESIS
*Quinta.*

*Lit.A.* Ex hactenus dictis relucet quænā res emi & vendi poſſint, ſequitur dicendū quænā res in emptionis-venditionis contractum deduci nequeunt. Ex illarū vero numero ſunt res emptionis propriæ:rem enim ſuam, quatenus ſuam nemo recte emit *l.16.ff.de contrahend.empt.l.4.C. eod.l. 37.ff.de condict.indeb.* cuius ratio ſatis eſt perſpicua, hæc ſcilicet quod id, quod noſtrum eſt, amplius noſtrum fieri & in nos transferri non poſſit §.*ſi cui fundus* & §.*ſed ſi rem.I.de legat.*§.*ſic itaque diſcretis I.de act.* dico rem noſtram, quatenus vere noſtra eſt, nos emere amplius non poſſe. Nam ſi quid nobis in re noſtra deeſt, id recte emere poſſumus , vt ſi res noſtra ab alio poſſideatur & ego à poſſeſſore redimam poſſeſſionem *l.ſi in emptione* §.*rei ſuæ ff.de contrahend.empt.* Quin etſi quoad præſentē ſtatum nihil deſit rei noſtræ, tamē effectu inſpecto ea ſolum res vere noſtra eſt, quæ ita noſtra eſt vt à nobis avocari non poſſit. *l.11.ff.de Reg.iur.* proinde eam quæ à nobis avocari poteſt, recte emimus *d.l. 4.C.de contr.empt.*

Qu. 29. *An valeat emptio rei propriæ ſub conditione ſi noſter eſſe deſierit?* Sed & quod dicitur, rei noſtræ emtionem non conſiſtere, ſic accipiendum eſt ſi iure ematur. Cæterum ſub conditione rem noſtram recte emimus, ſi exiſtente conditione noſtra eſſe deſierit *l. 61. ff. de contrahend.empt.l.98.ff.de verb.obligat.*

Hiſce exceptis caſibus non valet emptio rei noſtræ ſiue illam ſcientes, ſiue ignorantes emerimus.

Nec obſtat exemplū cæterarū rerū quæ emtionē non recipiunt. Nā hominē liberum rē ſacram aut religioſā aut publicam ſciens fruſtra quis emit, ſi vero ignorans emit valet emptio-venditio, vt venditor mihi teneatur, quod mea intereſt *l.4.& l. 5.ff.de contrahend.empt.*

Etenim quoad hoc res noſtra differt à cæteris rebus in quibus emtio nō conſiſtit:ratio differentiæ eſt hæc, quia in cæteris rebus decipi poſſumus & intereſt noſtra nō decipi:In re noſtra, quam emimus non decipimur, nec quicquā noſtra intereſt, eam nobis tradi ex emtione, quā hactenus ſolū noſtra intereſſe poteſt, vt eum habeamus:nunc autē ita habemus iam tum ſatis, & per nos habemus ſine emtione.

Sed quid ſi res mea mihi ignoranti fuerit vendita eamq; ego iuſſero à venditore alii tradi, vtrū dominiū transferatur quæſtionis eſt:negat Paulus in *l.15.§.2.Digeſt.de contr.emtione*:ſi rem, inquiens, meā mihi ignoranti vendideris, & iuſſu meo alii tradideris, non putat Pomponius dominiū meum tranſire , quoniam non hoc mihi propoſitum fuit , ſed quaſi tuum dominium ad eum tranſire.

Cui refragari videtur *l. penult. ff.de reb. cred.* vbi diſpenſator, cuius officiū morte domini finitū erat, priuſquā ſciret mortuum eſſe dominium & ſe liberum & ex parte heredem eſſe, pecunias, Kalēdario, cui erat præpoſitus deſtinatus , crediderat, & dicitur mutuum conſiſtere & pecunias fieri accipientium pro ea videlicet parte pro qua diſpenſator domino ſuo heres extiterat.

Sed hæc non eſſe contraria bene demōſtrat Iacob. Cuiacius *tractat.8.ad Africanū*, quia in caſu *d.l.15.§.2.ff.de cōtrahend.empt.* emptor rem, quæ ipſius erat, putauit eſſe venditoris, quam cum alii tradere iubet, non transfert dominium quia ei propoſitum non erat vt pecuniam vel rem ſuā alienaret. Atqui in caſu *d.l.penult.* diſpenſator pecuniam, quæ eius erat iure hereditario

ditatio, putauit eſſe eius in cuius hereditatem ipſo iure ſucceſſerat ignorans, & ideo transfert ſi alii tradiderit, quia non longe errat heres, qui teſtatoris eſſe putat, quod iam ipſi iure hereditario quæſitum erat.

Lit.B. Res præterea litigioſæ emi & vendi nequeunt: hoc enim fieri diſerte Iuſtinianus prohibet *l.1.§.1.D. eod.* cur autem rei litigioſæ venditio legibus improbatur, ratio iſta eſſe videtur quod alias deterior aduerſarii efficeretur conditio eiq; durior difficilior & potétior ſubſtitueretur aduerſarius.

Lit.C. Rebus inſuper vendi prohibitis recte feudum accenſetur: huius enim venditio abſque domini & proximorũ agnatorum conſenſu facta diſerte prohibetur conſtitutionibus.

Friderici & Lotharii *in tit.52. & tit.55.lib.2.feud.* in tantum vt ſi vaſallus feudum ſuum ſine conſenſu domini & proximorũ agnatorum vendiderit, eo priuari debeat *d.tit.55.* ratio autem ob quam feudi venditio prohibita eſt, hæc à Vulteio adducitur, quod vaſallus ſine domini conſenſu alienando dominum contemnere videatur, vt ita iſta priuatio ſit quædam vltio contumeliæ domino illatæ.

Qu.3. *Quæ nam ſit vera ratio, ob quam vaſallus non poſſit alienare feudum?*

Vulgo hæc allegari ſolet ratio quod vaſallus alienando ſine domini conſenſu feudum, alium inuito ſuſtitueret vaſallũ, qui fortaſſis ad ſeruitia feudalia præſtanda non æque foret idoneus.

Sed eam Vulteius improbat propterea quod hæc ratio non in omni domino obtineat: quandoquidem non ſequatur feudum alienatum eſſe domino nõ conſentiente: ergo eo inuito alienatum eſſe; quia qui non conſentit, etſi non conſentiat, non tamen propterea diſſentire videatur: deinde, ait, non omnem alienationem ita fieri, vt is, in quem feudum alienatur ſit vaſallus loco alienantis, quia ſi hoc alienationi eſſet cõſequẽs, nullus eſſet caſus, quo feudum alienaretur in ignorantẽ rei qualitatẽ. Veruntamen ratio iſta, his non obſtantibus, admodum probabilis eſſe videtur. Etenim intereſt domini non quemuis habere vaſallum & fidelẽ, ſed eũ qui ad ſeruitia feudalia præſtanda quam maxime ſit idoneus, cuiusq; ſingularẽ peritiam & induſtriam ipſe elegerit: negari autem non poteſt quin, ſi venditio feudi procederet plerumque ſortiretur effectum, dominus alium & fortaſſis minus idoneum minusque fidelem habiturus eſſet vaſallum.

Nec quicquam in præſentiarum referre exiſtimo vtrum inuito domino, an nõ conſentienti vaſallus obtrudatur: nam nec domino feudi nõ conſentiẽti, quantumuis nõ aperte diſſentiat vaſallus ſubſtitui debet. Et cum hic de ingenti præiudicio domini agatur, non cõſentiens pro diſſentiente merito habetur; nec enim in id, quod cum eius præiudicio coniunctum eſt, conſentire præſumitur. Quæ igitur hoc loco venditio ſit non conſentiente domino ea recte domino inuito fieri dicitur.

Mihi & hæc ratio dari poſſe videtur, quod, ſi ſine conſenſu domini feuda ſua vaſallus alienare poſſet, deſinerent vaſalli neruos & ſubſidia præſtandorũ ſeruitiorum feudalium habere, nec amplius poſſent ſeruitia domino præſtare: ad hoc quippe feuda conceduntur vt fideles habeant ſumptus atque ſubſidia ad ſeruitia feudalia domino præſtanda, quæ ratio exprimitur *in tit.52.lib.2.feud.*

Cæterum quod dictum eſt ob venditionem feudi vaſallum beneficio exui, illud non de nuda & ſimplici venditione quæ fit nudo ac ſolo conſenſu, ſed de ea venditione, quam traditio ſubſecuta eſt, ſiue quæ traditionis effectum ſortita eſt, intelligendum eſſe ſcribunt Duarenus *in comment.feud.c.12.num.6.* Hermannus Vulteius *in comm.feud.lib.1.c.11. num.* 4.2. Qu. 31. *An ob nudam venditionem feudi vaſallus feudo priuetur?*

Tiraquell.

Tiraquell.*de retract.lign.* §.1.*gloſ.* 2.*n.*45. Henricus Roſenthal.*de feud.c.* 9.*concl.*12.*n.*3.Vdalricus Zaſius *de feud.p.*10.*n.*6.

Hæc autem ſententia duplici nititur ratione: primo enim certum eſt quod in *d.tit.*52.*&* 53.*lib.*2.*feud.*Impp. eam prohibeant venditionem, per quam feuda transferuntur ad alios; Atqui per nudam venditionem, ſolo conſenſu initam, non transferũtur in alios, nec diſtrahũtur, ſed hoc fit demum per ſubſequentem traditionem §.*vendita* I.*de rer.diuiſ.l.*3.*ff. de obl. & act.l.*20.C.*de pact.*

Deinde in *d.tit.*55. Alienatio feudi prohibetur ſub pœna priuationis; at venditio non eſt alienatio, ſi proprie loqui velimus: cum alienatio dicatur actus per quem res fit alterius *l. Alienationis ff. de verb. ſignific.* id quod per ſolam venditionem non fieri planum & perſpicuum eſt in *d. tit.* verbum alienationis proprie ac ſtricte accipi non eſt dubitandum quoniã conſtitutio pœnalis & otioſa eſt, cuiusmodi conſtitutiones reſtringi & non extendi debent.

Tertio hanc ſententiam confirmat quod ratio ob quam in *d.tit.*55. alienatio & diſtractio feudi prohibetur in ſimplici ac nuda venditione non obtineat: Ideo enim diximus feuda non poſſe diſtrahi & alienari, quia ſi permitteretur vaſallo, ſine conſenſu domini ſui feuda alienare, non poſſet amplius per egeſtatem ſe ipſum ac familiam honeſte ac pro dignitate exhibere, vel ſeruitia militaria, domino feudi debita, quæ magnos deſiderant ſumptus obire ac domino præſtare, quæ ratio ſola allegatur *in dict. tit.* 52. *l b.* 2. *feud.* hanc autem rationem ceſſare quando feudum venditum duntaxat & nondum traditum eſt, perſpicuum eſſe videtur.

Non refragatur huic ſententiæ quod in adduct. *tit.*52.*&* 55. vẽditio prohibeatur ſub pœna præſtationis feudi. Venditio autem fiat nudo conſenſu *pr. &* §.3.I.*de empt. vendit.* nec ad ſui perfectionem deſideret traditionem §.*alia.*2.I.*de donat.* Et ideo quamprimum vaſallus feudum vendiderit, licet nondum tradiderit, beneficio priuari debeat.

Nam reſpondendum eſt Imperatores de ea loqui venditione quæ ſit alienatio; ſolam autem & nudam venditionem, quam traditio non ſit ſubſecuta, non eſſe alienationem Cuiacio teſte in *paratit. Cod. de reb. alien. non alienand.* deinde loqui de ea venditione qua in alium transferatur feudum: at talis non eſt ea quam traditio ſecuta non eſt *d.l.*3.*de obligat. & act. & l.*20.*C. de pact.*

Equidem venditionem feudi etiam ſimplicem ſine conſenſu domini feudi & eorum quorum intereſt, eſſe prohibitam libenter largior; ſed propter eam vaſallum feudo eſſe priuandum nego & pernego.

Sed quid ſi vaſallus feudum vendiderit & emptori etiam vere aut ficte tradiderit ſed illud mox receperit, anne adhuc priuationi ſit locus, quæſtio eſt inſignis & intricata? Etenim quod pœnã priuationis vaſallus non evitet ſi mox recipiat feudum alienatum probatur textu in *cap. vnic.* quid iuris ſit poſt alienationem feudi *lib.*2. *Feud. tit.* 44. vbi ICtus feudiſta in hæc verba ſcribit: *præterea ſi vaſallus ante conſtitutionem Lotharii regis feudum alienauerit; quod in quibuſdam curiis pro parte in quibus pro toto olim licebat & ipſum poſtea recuperabat, pro feudo ſibi retinebat, hoc eſt in cauſam feudi recadebat. Hodie autem ſe ipſum alienauerit, ſiquidem illicite, licet poſtea recuperauerit, tamen penes eum non remanebit; vtpote domino, ad quemcunque peruenerit, apertum. Profecto, ſi domini voluntate vendiderit, vel per libellum, vel aliter alienauerit, ſi idem poſtea recuperauerit feudum, penes eum remanebit non iure beneficii, ſed aut iure proprio, aut*

*iure*

Digitized by Google

*iure libelli, aut aliter, ſecundum quod idem recuperauerit.* Negat itaque Feudiſta quod feudum retineat hoc caſu vaſallus.

2. Id quod etiam ratione ſatis perſpicua defenditur: Certum enim eſt quod alienatione facta, domino feudi ſtatim ius quæſitum, hoc videlicet, vt ipſi feudum aperiatur & ad vſum reuertatur: Hocius ipſi inuito non poteſt ſui facto vaſallus auferre *arg. l. 11. ff. de reg. iur.*

3. Quibus & hæc accedit ratio quod vaſallus, ſine conſenſu domini feudum alienans, dicitur delinquere *d. tit. 55 & 52* At pœnitentia ſola delictum non tollitur nec pœna aboletur. Igitur nec pœnam priuationis effugiet vaſallus, beneficium quamuis alienatum recipiens.

Etſi vero diſſentientes in æquitate & humanitate ſeſe fundent, quaſi ſecundum iuris rigorem nihilominus feudo priuandus ſit vaſallus, licet illud receperit; Humanitate vero & æquitate inſpecta feudum ipſi relinqui debeat. Iſta tamen æquitas cerebrina eſt, vtpote in cerebro illorum ICtorum, qui ſic ſtatuunt, nata; nec enim vllum in iure fundamentum habeat, ſed iuri aperte aduerſatur *d. cap. vnic l. b. 2. Feud. tit. 44.* & æquitati, quæ domino ius quæſitum auferri prohibet *d. l. 11. de reg. iur.* contrariatur.

Lit. D. Emphyteuſis quoq; eius conditionis eſt vt vendi ab Emphyteuta nequeat: Cæterum nomen Emphyteuſeos duplicem habet in iure ſignificationem: Nam primo & quidem proprie ſignificat ius Emphyteuticum, ſiue ius illud quod Emphyteutæ in fundo Emphyteutico conſtituitur. *tot. tit. C. de iure Emphyteut.* interdum vero pro re Emphyteutica, in qua ius Emphyteuticum conſtitutum eſt, accipitur: In hoc ſignificatu venditio Emphyteuſeos prohibita non eſt vt expreſſe Iuſtinianus ſancit in *§. Adeo 3. I. de locat. conduct.* In illa vero ſignificatione expreſſe fieri ſine domini conſenſu prohibetur in *dict. leg. 3. Cod. de iure Emphyteut.*

An vero Emphyteuta ius ſuum alii ſine nouo conſenſu domini directi poſſit alii donare, prolixius diſſerui *lib. 3. tractat. 7. part. 2. q. 12. Variarum Reſolut. iur. Ciu. vbi vide.*

Sunt præterea & aliæ quædam res quæ vtiliter in emptionem-venditionem deduci non poſſunt, quales ſunt res Eccleſiaſticæ. Harum quippe rerum alienatio in genere prohibita eſt: quod non modo de rebus ſacris quæ hominum commercio exemptæ dicuntur, cuiuſmodi ſunt ædes ſacræ, ius decimæ, vaſa conſecrata &c: ſed de prædiorum etiam & poſſeſſionum, quæ bona vulgo temporalia appellantur *c. Nulli. de reb. Eccleſ. non alienand.* intelligi debet. Ratio autem hæc eſt quod beneficiarius harum rerum dominus non eſt, ſed ius duntaxat vtendi fruendi habet. *Lit. E. Qu. 32. Ex quibus cauſis res Eccleſiaſtica alienari poſſint?*

Sit igitur de rebus Eccleſiæ iſthæc regula: Res Eccleſiaſticæ alienari non poſſunt quæ regula non ſolum ſuperiori ratione nititur, ſed etiam in textibus expreſſis canonici & ciuilis iuris fundatur *d. cap. Nulli & tot. tit. Cod. de rebus Eccleſ. alienand. vel non l. iubemus. C. de SS. Eccleſ.*

Cæterum regula iſta hanc exceptionem habet, vt harum Eccleſiaſticarum rerum alienatio procedat, ſi iuſta ſubſit alienationis cauſa. Referuntur autem quatuor cauſæ ex quibus alienatio iſta fieri poſſit.

Prima eſt, ſi æs alienum vrgeat, nec poſſit ex fructibus ſatisfieri *Authenti. hoc porrectum C. de SS. Eccleſ. Nouell. 7. c. 1.*

Secunda, ſi alienetur res minus vtilis ad hoc, vt rem vtiliorem ac fructuoſiorem nanciſcatur Eccleſia, *cap. vt ſuper. de rebus Eccleſ. non alienand. c. 8. de his quæ fiunt à prælato.* Idem ſi prædium plus incommodi quam emolumenti

adferat Eccleſiæ *c. aurum & cap. gloria. 12. quaſt. 2.*

Tertia cauſa ex qua alienatio rerum Eccleſiaſticarum fieri poteſt, eſt hæc, ſi pecunia ad alendos pauperes in magna aliqua fortaſſis caritate annonæ aut ad redimendos captiuos opus ſit nec ea aliunde ſuppetat. *cap. aurum cap. ſacrorum. cauſ. 12. quaſt. 2.*

Ex hiſce duntaxat cauſis alienare permittitur res Eccleſiæ; extra vero eas alienatio prohibetur, vt ex ſupra citatis textibus relucet.

Sed nec his quidem ex cauſis alienare licet res Eccleſiaſticas niſi alienatio fiat ſecundum formam à iure præſcriptam.

Hæc autem forma alienationis iure pontificio præſcribitur, vt alienationem antecedat diligens tractatus & communis deliberatio Cleri, id eſt collegarum, qui canonici dicuntur, ſi Eccleſia tale collegium habeat: *Deinde* omnium conſenſus aut certe maioris partis: *Tertio* adhibeatur ſubſcriptio: Et denique accedat ſuperioris Antiſtitis authoritas *cap. ſine exceptione cauſ. 12. q. 2. cap. dudum de reb. Ecleſ alienand. cap. 1. de his qua fiunt à prælato.*

Rerum proinde Eccleſiaſticarum alienatio ſic demum valet, ſi duo concurrunt: 1. Si ob iuſtam legitimamq; cauſam fiant. 2 Si ordo præſcriptus iure pontificio, exacte obſeruetur. Quid igitur dicendum ſi prædicta quidem forma obſeruata ſit, verum iuſta alienationis cauſa defecerit, eritne alienatio huiuſmodi rei Eccleſiaſticæ ipſo iure nulla, an vero iure ſubſiſtet, ſic vt Eccleſiæ contra eam in integrum reſtitutionem cōpetat? Quæſtio ſane hæc valde intricata eſt nec tamen minus vtilis, cum conſtet plurimum intereſſe vtrum actus aliquis ipſo iure nullus ſit, an vero ſubſiſtat & aliquo remedio reſcindendus veniat, cum multa interuenire poſſint quæ prohibeant, quominus intra tempora legitima actus iſte reſcindatur, quo ſane caſu ita valebit vt amplius nullo remedio reſcindi aut ſubuerti queat.

*Qu. 33. An valeat venditio rerū Eccleſiaſtic. ſolenni forma, ſed abſq; iuſta cauſa facta?*

Primo autem quod valeat alienatio ſolenni forma etiam abſque iuſta cauſa facta, ſtatuunt Iacob. Menochius *lib. 2. arbitr. iud. quaſt. c. 172. n. 25.* Panormitan. *in cap. conſtitutus in fine extr. de reſtit. in integrum. His autem mouentur rationibus.*

1. In *cap. ſine exceptione, 52. q. 2 in fine.* dicitur, irritam eſſe Epiſcoporum venditionem rei Eccleſiaſticæ abſque conuenientia & ſubſcriptione Clericorum. Idemque totidem verbis repetitur in *cap. Tua. 8. extr. de his qua fiunt à prælato.* Ex eo vero per argumentum à contrario ſenſu infertur quod non ſit irrita venditio aut permutatio Eccleſiaſticarum rerum, conuenientia & ſubſcriptione clericorum interueniente.

2. In *cap. 1. de reſtit. in integrum.* ſubvenitur Eccleſiæ, cuius res ſine iuſta cauſa, forma tamen præſcripta, alienata eſt, per reſtitutionem in integrum, quod ſane non fieret ſi alienatio iſta foret nulla & Eccleſia ipſo iure eſſet munita *l. 18. ff. de minoribus.*

3. Sicut voti nuncupatio non vitiatur, etſi cauſa, quæ votum extorſit, falſa deprehendatur: *cap. ex parte & cap. veniens de conuerſ. coniugatorum.* ita quoque alienatio rei eccleſiaſticæ alienatio non valet, etiamſi cauſa, quæ alienationem iſtam extorſit falſa & iniuſta deprehendatur.

4. Si reſcriptum per ſub & obreptionem, adeoque citra iuſtam cauſam impetratum non eſt ipſo iure nullum, ſed per exceptionem demum elidendum *L. 2. C. ſi contra ius vel vtilit. cap. ad audientiam extr. de reſcript.* ſequitur quod conſimiliter nec alienatio rei Eccleſiaſticæ, ſine iuſta cauſa facta, ipſo iure ſit nulla, ſed



Digitized by Google

ſed per exceptionem demum elidatur.

5. Tranſactiones ex falſis inſtrumentis factæ non ſunt nullæ & validæ, ſed per exceptionem aut in integrum reſtitutionis beneficium reſcinduntur *l.fin. Cod. de tranſact.* Igitur nec alienatio rei Eccleſiaſticæ ex nulla aut falſa cauſa facta, ipſo iure erit nulla, ſed ſubſiſtet iure & per in integrum reſtitutionem infirmabitur.

6. Falſa quoque cauſa non vitiat manumiſſionem *l.9.§.1.ff.de manum. vindict. l.47.ff.de manum. teſtament.* Igitur nec alienationem rerum eccleſiaſticarũ.

7 Falſitas ſiue error cauſæ non impedit alienationem & translationem dominii *l.Cum in corpus.ff.de acquir.rer.dom.* Cur igitur obſtaret alienationi & translationi dominii rei eccleſiaſticæ.

8 Falſa inſuper inſtrumenta aut cauſæ commentum non reddunt ſententiam nullam, nec infirmant abſque reſtitutione in integrum tot.tit.ſi ex falſis inſtrumentis .l.75. *ff.de iudic.* Igitur falſa cauſa non impediet alienationem rerum Eccleſiaſticarum, nec irritam eam conſtituet, verum in integrum reſtitutioni locum faciet.

9. Legato quoque aut fideicommiſſo falſam cauſam adiectam non nocere, Autor eſt Iuſtinianus in §. *Longe magis 31.I. de legat l.2. & tot.tit. Cod. de falſ.cauſ.ad legat.* Falſa igitur cauſa adiecta alienationi rei Eccleſiaſticæ non nocebit, nec alienationem nullam reddet.

10. Poſtremo falſa igitur cauſa dotis promiſſioni adiecta, eam non vitiat nec irritam efficit, ſed ex promiſſione iſta nihilominus obligatio naſcetur *l. 46.§. fin.ff.de iure dot.* Ergo falſa cauſa alienationi rei eccleſiaſticæ adiecta non efficit illam ipſo iure nullam.

Cæterum hæc argumenta, etſi ſpeciem aliquam prima fronte habere videantur, non tamen reuera eius ſunt ponderis & momenti vt contrariam eáque receptiorem ſententiam conuellant aut labefactent; vt quæ rationibus longe fortioribus ſit ſubnixa.

Primo enim in *clement.1.de rebus Eccleſ. non alienand.* præter formam requiritur neceſſitas & vtilitas ad hoc vt alienatio valeat, & diſertè ſubiicitur ſi quid contra hoc factum fuerit, nullum ius recipienti acquiri, Verba Clementis V.pontificis Romani hæc ſunt: *Monaſteriorum & aliarum adminiſtrationum regularium diſpendiis occurrere cupientes, perpetuo prohibemus edicto, ne quis religioſus monaſterio prioratui, Eccleſiæ ſeu adminiſtrationis cuius præſidens, iura, reditus aut poſſeſſiones eiusdem alicui ad vitam eius, ſeu aliud certum tempus, pecunia etiam inde recepta quouis modo concedat, niſi neceſſitas aut vtilitas Monaſterii, prioratus, Eccleſiæ aut adminiſtrationibus eiusmodi hoc expoſcat, conuentus ſui, aut ſi conuentum non habeat, prælati proprii aſſenſu ad hoc nihilominus accedente: Si quis autem contra hoc fecerit pœnam ſuſpenſionis ab officio eo ipſo incurrat, nec ex conceſſione ipſius recipienti ius aliquod acquiratur.* Quod ſi itaque alienatio rerum Eccleſiaſticarum, excepta neceſſitatis vel vtilitatis cauſa, etſi interuenerit forma iure præſcripta, fieri non debet, conſequens eſt alienationem ſecundum formam præſcriptam factam nullius eſſe momenti, niſi iuſta alienationis cauſa intercedat. Quod n.fit cõtra prohibitionẽ iuris pro nullo & infecto habetẽ *l.5.C.de leg.* Et ſane ſi nullũ ius huiuſmodi alienatione quæ ſine iuſta fit cauſa acquiritur ei, in quẽ alienata eſt res Eccleſiæ, ſequitur utiq; alienationẽ ipſo iure nullã eſſe: Nã ſi ſubſiſteret iure effectũq; ſortiretẽ ius certe aliq in accipientẽ transferret.

2. Accedit huic & iſta ratio quod à minore ad Eccleſiã bona fiat illatio: Atqui alienatio rerũ minoris, ſine iuſta cauſa facta, nullius eſt momenti *L.1.pr.l.Magis puto. §.an.& §.maneat. ff.de rebus eor. qui ſub tut. ſunt.* Igitur alienatio quoq; rerũ eccleſiaſticarum ſine iuſta cauſa, quantumuis

forma præſcripta facta, nullius erit momenti.

5. Denique pro hac ſententia textus eſt *in cap. Tua. extr. de his quæ fiunt à prælato.* in quo itidem prohibetur rem aliquam Eccleſiæ donare, permutare vel vendere, niſi debita forma & iuſta ex cauſa fiat.

Huic autem ſententiæ parum detrahunt prioris opinionis fundamenta: Ad primum enim reſpondeo, argumentum à contrario ſenſu deductum maximam quidem habere vim in iure noſtro: veruntamen tunc officium ſuum perdere quando textu aperto contrarium reperitur cautum. Iam vero in textibus modo adductis inprimis vero in *Clement. 1. de reb. Eccleſ. non alienand.* prohibetur diſerte rerum eccleſiaſticarum alienatio ſine iuſta cauſa fieri, ita vt ſi contra facta fuerit, nullum ius exinde acquiratur ei, in quem alienatio facta eſt. Deinde, quamuis in clauſula adductorum textuū non fiat mentio iuſtæ cauſæ alienationis, ſufficit tamen quod in antecedentibus diſerte iuſta cauſa requiratur: Clauſula autem in fine poſita ad præcedentia referri & ex iis neceſſario intelligi debet.

*Ad ſecundum* reſpondeo, fieri interdum poſſe vt ex iuſta cauſa alienatio fiat & tamen Eccleſia lædatur indigeatque propterea in integrum reſtitutionis auxilio, eo quod Eccleſia læſa fortaſſis fuit in precio & aliis contractus ſiue alienationis conditionibus. Et ita hunc textum interpretatur Didacus Couarruuias *lib. 2. variar. reſolut. cap. 17. num 2.* Proinde non ſequitur in *d. c. 1. de in integrum reſtit.* datur reſtitutio Eccleſiæ aduerſus alienationem rei Eccleſiaſticæ. Ergo alienatio ex iuſta cauſa facta non eſt, quia & aliæ poſſunt eſſe reſtitutionis cauſæ, vt modo docuimus.

*Ad tertium* argumentum non eſt difficilis reſponſio procedit enim à ſeparatis & diuerſis, à quibus mala fit illatio; quid enim, obſecro, commune habet nuncupatio voti cum alienatione rei eccleſiaſticæ? Et cum de alienatione aperte ſit conſtitutum quod non procedat niſi iuſta & in iure determinata ſubſit cauſa, fruſtra diuerſum per illationem de ipſa ratiocinando concluditur.

*Ad quartum* idem plane reſponderi poteſt: Deinde non omnis ſubreptio & obreptio reſcriptum irritum non conſtituit, ſed pro modo impudentiæ aut erroris vitiat, aut nō vitiat. *cap. ſuper. de reſcript. l. 1. C. ſi con-tra ius vel vtilit. publ.*

*Ad Quintum* reſponderi debet, argumentum à tranſactione ad alienationem rei eccleſiaſticæ non procedere: *Tum quia* de alienatione aliud quam de tranſactione in iure conſtitutum eſt, vt ex iuribus ſupra citatis liquet. *Tum quia* tranſactio ad finiendas & ſopiendas lites pertinet, quas ſemel ſopitas non reſuſcitari Reip. intereſt *l. 16. C. de tranſact.* At valere alienationem rei eccleſiaſticæ, ſine iuſta cauſa factam, Reipubl. ſane non intereſt, ſed è re potius eius eſſe videtur eam ab initio ſtatim irritam eſſe & pro non facta haberi.

*Ad ſextum* hæc eſt reſponſio quod error falſæ cauſæ non vitiat manumiſſionem eius cauſam & rationem conſiſtere in fauore libertatis, cuius intuitu multa ſunt contra iuris communis regulas recepta.

*Ad ſeptimum* Reſpondeo errorem falſæ cauſæ non obſtare translationi dominij ſi quis rem ſuam & propriam vendat; ſecus vero ſe rem habere cum quis rem alienam cuius adminiſtrationem & ius vtendi fruendi duntaxat habet, diſtrahere conatur, veluti in propoſito diſtrahens rem Eccleſiæ, rem alienam & cuius adminiſtrationem & ius vtendi fruendi duntaxat obtinet, diſtrahere intendit. *c. ſine exceptione. cauſa 12. q. 2.*

*Ad octauum* facilis quoque eſt ſolutio: Quod

Digitized by Google

Quod enim ſententia, quę ſci'icet in rem iudicatam tranſiit, propter falſa inſtrumenta & cauſæ commentum non reſcinditur, ratio hæc eſt quia intereſt Reipub. ne lites ſint immortales, nec ſemel iudicis ſententi i finitæ & terminantæ denuo reſuſcitentur *l.2.l.4.C.de re iudicat.* Et hinc etiam res iudicata pro veritate habetur *l. 56.ff.de re iud.*; Quæ ratio ceſſat in alienatione rei eccleſiaſticæ.

*Ad Nonum* reſp. Falſam cauſam non vitiare legatum, quia legatum, vt quod ſit ſpecies quædam liberalitatis & donationis, etiam ſine cauſa ſubſiſtit, nec ad ſui eſſentiam aut perfectionem cauſam, ex qua relinquatur, deſiderat. Deinde per legatum relinquitur res propria legantis, aut quæ ab herede comparetur. At alienatione rei eccleſiæ transfertur res aliena cuius alienans adminiſtrationem habet. Mirum itaque non eſt ſi legatum ſine cauſa valet nec illud error falſæ cauſæ vitiat: Alienatio autem eccleſiaſticarum rerum errore falſæ cauſæ irrita conſtituitur.

Idem plane ad *poſtremum* quoque argumentum commode reſponderi poteſt; vbi & hoc notandum ad dotis conſtitutionem non aliam cauſam, ob quam fiat, neceſſariam eſſe quam vt matrimonium ſequatur & celebretur. Vt taceam quod ob fauorem dotis ſæpe à regulis iuris recedi ſoleat *l. 1. & 2. Dig. de iure dot.*

Ex his proinde liquere exiſtimo quod ad alienationem rerum eccleſiaſticarum duo ſint neceſſaria, vt valeat 1. Vt fiat ſecundum formam iure potificio præſcriptam. 2. Vt iuſta fiat ex cauſa, exigente videlicet alienationem Eccleſiæ neceſſitate, aut ſuadente eiuſdem euidente neceſſitate.

Qu. 34. *An valeat alienatio, omiſſa forma debita, ſi vtilis alienatio iſta Eccleſiæ exiſtat?*

Illud porro intricatæ & difficilis admodum diſquiſitionis eſt, vtrumne omiſſa diſtractionis forma, ita vt ex tribus illis, quæ ad formam alienationis requiri ſupra dictum eſt, vnum aliquod non obſeruetur, alienatio non valeat ſi ea Eccleſiæ vtilis & commoda eſſe deprehendatur?

Pro negatiua ſententia hæc ab Interpp. allegari ſolent rationes. 1. In *cap. ſine exceptione 52. cauſ. 12. qu. 2.* diſerte cauetur non poſſe Epiſcopum alienare rem, niſi forte aliquid horum faciat, vt meliora proſpiciat & cum totius cleri tractatu atque cenſenſu id eligat, quod non ſit dubium, profuturum Eccleſiæ: Et ſubiicitur Irrita enim Epiſcoporum venditio & commutatio rei eccleſiaſticæ erit abſque conniuentia & ſubſcriptione clericorum.

2. Et quod alienatio, abſque ſolenni forma facta, non ſubſiſtat, etiamſi in manifeſtam Eccleſię vtilitatem vergat, comprobat quoque *c.1.de Reb.Eccleſ. non alienand.* vbi definitur, irritam eſſe illam alienationem quæ abſque ſolenni iſta forma fuerit facta.

3. Idem quoque ex *Clementin. 1. eod. tit.* perſpicue liquet: Nam ibi ſtatuitur, vt niſi præter neceſſitatem & vtilitatem ipſa alienatio conuenienti ſolemnitate & conſenſu conuentus fuerit peracta, nihil iuris acquiratur ex tali alienatione ei in quem ipſa facta eſt.

4. In *l.7.§.3.ff.de reb.eorum.* ita Vlpianus ſcribit: *Si prætor tutoribus permiſerit vẽdere, illi autem obligauerint, vel contra, an valeat quod actum eſt, & mea fert opinio, illum, qui aliud fecit, quam quod à prætore decretum eſt, nihil egiſſe.*

5. In *l.16.C.de præd.& reb.illor.* ſancitur huiuſmodi alienationem nihil præſtare, nec vllum dominium tribuere.

6. Confirmat inſuper hoc ipſum *l. 13. ff.de reb.eorum.* vbi ita ſcribitur: *Si fundus ſterilis & ſaxoſus, aut peſtilens ſit, videndum eſt an illum alienare poſſit & Imperator Antoninus & D.pater eius in hæc verba reſcripſerũt, quod allegaſtis infructuoſum eſſe fundum, quẽ vendere vultis nos mouere non potuit, cum vtique pro fructuum modo precium inuẽturus ſit.*

 7.De-

7. Deniq; regula iuris eſt, quod actus non valeat, ſi à forma præſcripta recedatur, quam exactiſſime obſeruandum aiunt. Quod ſi itaque alienationis rerum Eccleſiaſticarum forma, ſacris canonibus præſcripta, exacte & ad vnguem obſeruata non fuerit, alienatio non ſubſiſtet, nec vllum ſortietur effectum.

Sed tamen pro contraria negantium ſententia, quod népe alienatio ſine præſcripta forma facta valeat & ſubſiſtat, ſi Eccleſiæ vtilis & commoda deprehendatur, ſequentia argumenta probant.

1. Oratione diui Marci cauetur, ne liceat ſine permiſſu prætoris ſuper alimẽtis teſtamento relictis, transfigere, ita quidem vt ſi contra factum fuerit, tranſactio nullius ſit momenti *l.8 ff.de tranſact. & l. 8.C.eod.tit.* Et tamen ſi tranſactio huiuſmodi meliorem efficiat alimentarij conditionem, nec alimenta ipſi interuertat, ſed cõſeruet potius, iubetur valere & ſubſiſtere tranſactio etiam ſine pretore facta *d.l.8 §.eam tranſactionem.* conſimiliter itaque alienatio rerum eccleſiaſticarum, etſi prohibeatur fieri ſine ſolenni forma, ita vt ſi, eâ omiſſâ, facta ſit, non ſubſiſtat, nec valeat, ſi tamen vtilis Eccleſiæ deprehendatur valebit.

2. In eadem *l.8.§.finali.ff.de tranſ.* cauetur ꝙ habitatione legata, ſi tranſactum ſit, vt quantitas præſtetur, tranſactionẽ & ſine prætore factam, ratam eſſe, modo alimentarius conditionẽ ſuam meliorẽ faciat: pari itaq; modo & alienatio rei eccleſiaſticæ, cum exiſtit Eccleſiæ vtilis, ſubſiſtet.

3. In *pr.I.de auctor.tutor.l.28.ff.de pact.l.1. C.de auctorit.præſtand.l. Neq; C.de contra.& comm.l.2.ff.de acceptil.* quibus cauetur, meliorem pupillum conditionẽ facere poſſe ẽt ſine tutoris authoritate. Igitur omiſſa forma alienationis licet, alienando rẽ Eccleſiæ, conditionem eius meliorẽ facere.

4. Accedit huic quod etſi pupillus non poſſit contrahere ſine tutoris authoritate, quando contractus eius eſt generis vt conditionem pupilli deteriorem reddere poſſit, ſi tamẽ, omiſſa tutoris authoritate, contractus huiuſmodi à pupillo fuerit initus eoq; ſuam conditionem nõ reddiderit deteriorem ſed meliorem, placet cõtractũ ſubſiſtere, quamuis ab initio iniri non potuerit. *pr.& §.1.I.de auct.tut.l.5.ff.eo. tit.* ſic igitur etſi alienatio Eccleſiaſticæ rei fieri prohibeatur ſine forma præſcripta: ſi tamen ea facta fuerit inq; Eccleſiæ vergat vtilitatem, vim ſortitur & effectum bonũ enim eſt argumentum quod ducitur à minore ad Eccleſiam, quando de contractu vel alienatione rerum agitur.

5. Adde quod fruſtra de modo atq; mediis laboretur quando de effectu conſtat: Atqui hunc alienationis rei eccleſiaſticæ effectum ſacri canones duntaxat ſpectarunt vt Eccleſiæ vtilitas promoueatur, conditio eius melior efficatur, atq; neceſſitatibus ipſius ſuccurratur per canones ſupra adductos *c.ſine exceptione.cauſ.12.q.2 c.Tua.extra de his quæ fiunt à prælat.* Igitur ſi hunc effectum alienatio conſecuta eſt Eccleſia fruſtra de modo & mediis, per quæ iſtum ſortita eſt effectum laboratur.

6. In *cap.terrulas.cauſ.12.q.2.* permittitur ſine conſenſu & conſilio fratrum, adeoq; ſine legitima forma res minus vtiles alienare, quia hæc alienatio ſit Eccleſiæ ꝓfutura: Igitur quotiẽs alienatio profutura eſt Eccleſiæ, ſine iſta forma fieri poterit.

7. In *l.nõ eo minus.C.de proc.* ſancitur, ſententiam pro minore 25. annis latam ſubſiſtere, quamuis marito ſuo cauſam agendã ſine conſenſu curatoris mandarit.

Ex his igitur conſtare videtur ꝙ valeat alienatio rerum Eccleſiaſticarum ſine formæ præſcriptæ obſeruatione facta, ſi proſit Eccleſiæ & ad manifeſtam ipſius pertineat vtilitatem. Et hanc ſententiam veriorẽ eſſe exiſtimo, nihil motus fundamentis & argumentis in cõtrarium adductis.

*Ad primum* enim ſecundum & tertium reſpondeo, in illis cõmitti fallaciã pluriũ queſtionũ: Non n. hoc quæritur vtrũ ſine

præ-

præſcripta à ſacris canonibus forma facta alienatio fieri poſſit, aut facta ſubſiſtat; ſed id ſolũ diſq̃ritur, an alienatio iſtiuſmodi eo caſu quo vtilis exiſtit Eccleſiæ: imptinenter proinde allegantur iſti canones inquib. aſſeritur duntaxat non poſſe aliter alienationẽ rei eccleſiaſticæ fieri, q̃ cũ forma præſcripta nec factã ſubſiſtere. Ab hac quippe regula excipitur caſus noſter quo vtilis eſt alienatio eccleſię, de quo caſu adducti canones nihil quicquã habẽt.

*Ad quartũ, quintũ & ſextum* facilis quoque eſt ſolutio: nam alienatio facta à minore ſine decreto prætoris nõ valet ſi nõ proſit pupillo: at quanto vtilitatem adfert pupillo, ſubſiſtit: ad quid n. obſecro requiritur decretũ prætoris in alienatione rerũ minoris? Annõ ad hoc vt melior cõditio minorum efficiatur, nõ deterior? vtiq; fruſtra proinde deſideraretur decretum, aut propter decretũ neglectũ irrita diceretur alienatio, quando conſtat alienationẽ eũ effectum conſecutã eſſe propter quẽ deſideratur iſtud decretũ. Proinde & iſtis textib. ſuperior adhibenda eſt limitatio, nõ valere videlicet, alienationẽ niſi vergat in eccleſiæ ſalutẽ & cõmodũ.

Ad *ſeptimũ & vltimum* reſp. forma deficiente, deficere ẽt & ceſſare actum, cuius eſt forma, niſi forma iſta in fauorem & vtilitatem certæ perſonæ fuerit, interducta, tunc enim, vtilitate ea exiſtente, actũ valere quãuis forma neglecta fuerit: hoc a. in loco formã alienationis rei eccleſiaſticæ receptã & pręceptam eſſe propter vtilitatem & fauorem Eccleſiæ, proinde ſi ea manifeſte appareat, ſubſiſtet alienatio, etiamſi forma obſeruata non fuerit.

**Qu. 25. An etiam res dotales mobiles alienari prohibeãtur?** Res porro dotales alienari prohibentur lege Iulia & Iuſtin. conſtitutione *tot. tit. ff. de fundo dot. pr. I. quib alienare licet.* cp tamen ad eas res quæ ſeruãdo ſeruari nequeunt extendi & porrigi non debet: Tũ quod nec alias prohibitio alienationis ad eiuſmodi res extendi ſoleat *l. diuus. ff. de petit. hered. l. Ariſto. §. fin. & l. ſeq. de iure delib. l. fin. C. quando decreto opus non ſit. l. l. x qua tutores. in fine. C. de admin. tutor.* Tũ ẽt quia ratio, ob q̃ alienari prohibentur res dotales, deficit in hiſce reb. quæ ſeruari cõmode nequeũt, ideo n. res dotales prohibentur alienari ne mulieres dote ſua defraudentur. At ſi res q̃ nequeũt ſeruando ſeruari, nõ poſſunt alienari, vtiq; interirẽt mulieri ſic vt nec ipſas nec ipſarũ pretiũ, diſſoluto matrimonio, ſaluas haberent.

Sed vtrum res duntaxat immobiles in dotem datæ, an vero & mobiles alienari prohibeantur controuerſum eſt?

Pro negatiua facit quod Iuſtin. conſtitutio & lex Iulia de fundo dotali in ſpecie cõceptæ fuerint, eũq; alienari prohibuerint. *t. tit. ff. de fund. dotali & pr. I. quib. alien. licet vel non.* Quotiens aũt vnũ è pluribus prohibetur, reliqua nõ ꝓhibita, pmiſſa eſſe cẽſentur. *arg. l. 12. §. cũ prætor. ff. de iudic.*

2. Accedit quod quæuis res vẽdi & licite alienari poſſint, quæ prohibitæ alienari nõ reperiũtur: iã vero nuſpiã in iure noſtro reperitur ꝓhibitũ res dotales mobiles vẽdere vel alienare: quocirca alienatio & venditio earũ marito permittetur.

3. Adde quod cuiuis domino permittatur res ſuas alienare & de iis diſponere prout libuerit *l. iure mandata C. mandati.* iã vero maritus eſt dominus rei dotalis *pr. I. quib. alien. licet.* Igitur maritus res mobiles dotales poteſt vendere, quouis modo alienare & de illis pro arbitrio ſuo diſponere.

Non obſtat quod eadẽ ratio, quæ prohibet res dotales imobiles alienare, locũ et ã in reb. mobilibus, quæ ſeruando ſeruari poſſunt, obtineat: ſiquidem etiã mobiles res ſeruari mulieri & diſſoluto matrimonio ſaluas eſſe, cum mulieris tum Reipubl. vtilitas ſuadere videtur.

Hoc, inquam, non obſtat: quod n. dicitur vulgo vbi eadem ratio eſt, ibi eandẽ eſſe iuris diſpoſitionẽ locũ habet non in exorbitantib. & ſingularib. q̃ ex paritate rationi nõ producuntur ad cõſequentias *l. 14. ff. de legib. l. quod contra. ff. de R. Iur.* Hæc quippe

quippe reſtringi, non vero ampliari debent: in propoſito autem agitur de iure ſingulari & exorbitante ꝙ contra rationem iuris communis, fundatam in *d.l in re mandata.C. mandat.* in fauorem dotium introductum & receptum eſt; illud proinde extra ſuos terminos & ad alias res, quam quibus tributum eſt, extendi non debet.

Res etiam minorum, prodigorum & furioſorum non aliter vendi & alienari poſſe, quam ſecundum modum à iure præſcriptum *tot. tit. Cod. de præd. minor. & tot. tit. ff. de reb. eor. qui ſub tutela ſunt.* Modus autem hic eſt vt cauſa ſit neceſſaritatis quæ alienationem vrgeat, veluti æs alienum, quo præmitur minor. 2. Vt tutoris accedat conſenſus. 3. Vt decretum magiſtratus interueniat.

Poſtremo vendi non poſſunt de iure Saxonico bona auita, niſi prius proximis agnatis offerantur; adeo vt ſi contra factum fuerint, tunc bona iure protimiſeos ſiue retractus repeti & reuocari poſſint Fachs. *different. 1. in fine.* Reinhard. *1. different. 1.* per textum in *artic. 52. lib. 1.* Landrecht. At Conſtitutio Electoris Saxoniæ *part. 2. conſtit. 31. & 32.* hoc ius prælationis reſtringit ad liberos, ſiue deſcẽdẽtes, nec illud cõpetere vult collateralibus. Equidem iuri communi non ſolum incognitum eſt hoc ius protimiſeos, ſed etiam plane contrarium: Primo enim, etſi liberi, viuo adhuc parente, quodammodo domini bonorum paternorum eſſe perhibeantur *l. in ſuis. 11. ff. de lib. & poſthum. §. 2. I de hered. qualit. & different. l. 58. §. paternos. ff. de verbor. ſignificat.* Propter ſucceſſionis videlicet ſpem & alimentorum emolumentum quod in facultatibus parentum habent Iaſon in *d. l. 11. n. 17. & 18.* Rauchbar. *lib. 1. q. 43.* Reuera tamen ante obitum patris ne quidem in legitima, multo minus in reliquis bonis quicquam iuris ſibi ſumere vel arrogare queunt *l. 1. §. ſi impubere. 21. ff. de collat. l. 1. §. largius. ff. de ſucceſſ. edict.* Quocirca parentes liberis legitimam in vita aſſignare non coguntur & conſequenter de ſuis bonis diſponere queunt eademque alienare.

2. Eſt præterea & alia iuris regula quod liberi tanquam heredes parentum factum illorum præſtare, contractum vel alienationem illorũ ratam habere tenẽatur. *l. cum à matre 14. C. de rei vindicat. l. 3. C. de reb. alien. non alienand. l. 7. C. de reſtit milit.* vbi ne quidem filius miles, cui alias diſtractionem, præſcriptionemque temporis reſtitutio concedi ſolet, ea quæ à patre geſta ſunt ad irritum reuocare poteſt.

3. Eodemque pertinet regula iſta quod quiſque ſibi rei ſuæ liber moderator atque arbiter *l. 21. C. mandati.* vnde iniquum eſt liberis atque ingenuis hominibus facultatum ſuarum adminiſtrationem adimere *l. non vſque adeo. ff ſi quis à patre manum. l. 7. ff. de act. rer. amot.* Iuſtum vero eſt ſua cuique permittere *l. nemo. 9. C. de iudæis & Cælicolis.* Non tantum patribusfam. frugi, & rem ſuam bene gerentibus, ſed & dilapidatoribus & re ſua abutentibus *l. 25. §. conſuluit. ff. de petit. heredit. l. 1. C. de inoffic. donat.*

4. Denique quod ius protimiſeos, ſiue retractus iuri ciuili contrarietur, probat euidenter *l. 14. Cod. de contrahend. empt.* vbi Impp. in hæc verba reſcribunt: *Dudum proximis conſortibusque conceſſum erat, vt extraneos ab emptione remouerent, neque homines ſuo arbitrio vendendos* diſtraherent, ſed quia grauis hæc videtur iniuria, quæ inani honeſtatis colore velatur vt homines de rebus ſuis facere aliquid cogantur inuiti, ſuperiore lege caſſata vnuſquiſque ſuo arbitratu quærere vel probare poſſit emptionem: niſi lex ſpecialiter quaſdam perſonas hoc facere prohibuerit. Vult igitur hæc conſtitutio iuris retractus ciuili & communi iure incognitum eſſe debere, ſtatuto tamen illud recipi ac introduci poſſe.

Iure

Digitized by Google

Iure equidem feudali ius retractus frequẽtatur quo in bonis feudalib. domini feudorum, filii & agnati, viuo adhuc alienatore vti poſſunt. *ca. vnic. §. Titius. ſi de feudo defunct. contentio. c. vnic. in fine. qualiter olim pater feudum alienar.* Ratio autem in filiis & agnatis hæc eſt, quod feuda ex pacto, & prouidentia non tam beneficio patris, quam domini ac primi acquirentis ad filium poſt obitum patris ſpectare & peruenire putentur. Ex quo ipſo colligitur, quod cum hoc ſpeciali ratione ſit in bonis feudalibus receptum, contrarium in allodialibus bonis obtinere *arg. L. 12. ff. de iudic.*

In allodialibus etiam lege ſpecialiter datum eſt ius retractus domino emphyteuſeos *l. 3. C. de iure emphyteutic.*

*Lit. F.*

Qu. 36. *Anne liceat annuos reditus emere & vendere?* Sed anne annuos reditus vendere & emere licebit? Quæſtio ſane hæc grauis & ardua de qua non eadem omnium eſt ſententia. Etenim Franc. Hotom. 2. *Obſeruat. 15.* & Andr. Fachin. 2. *controuerſ. 43.* contendunt annuorum redituum emptionem venditionem illicitam & nullius momenti eſſe; idque ſequentibus rationibus ac fundamentis euincere conantur.

1. Emptio, inquiunt, venditio ex eorũ contractuum numero eſt, qui ſolo conſenſu contrahuntur; Hæc vero conuentio annuorum redituum re contrahitur & antequam numerata pecunia ſit, nulla obligatio concipitur, vt nemo, vel mediocriter iuris peritus negabit.

3. Deinde in emptione- venditione vltro citroque obligatio naſcitur, ae proinde bonæ fidei iudicium ex hoc contractu conſtituitur: At in negotio annuorũ redituum conſtitutionis, is ſolus obligatur cui fundus traditur & ſtricte ex iis tantum quæ lingua nuncupata ſunt, adſtringitur.

3. Præterea in emptione- venditione contrahẽda res, quanti quanti eſt, in ſolidum æſtimatur: Hic autem non fundus, ſed eius tantum annuus prouentus æſtimatur: Reſtat igitur vt conſideremus an hæc conuentio annuorum redituum mutui nomine contineatur, quod dici omnino non poteſt: Nam in mutuo certa obligatio naſcitur de reddenda quandoque pecunia: Hic autem acceptor pecuniæ non obligatur.

4. Inſuper obſeruandum eſt quod in emptione- venditione annuorum redituum ſolus prouentus fundi æſtimatur atque emitur, fundus autem gratis ac ſine vllo precio callide ac ſubdole aufertur: Quod quàm iniquum ſit, nemo non videt: Non enim ex prouentu tantum & frugibus; ſed etiam ex multis aliis cauſis fundi æſtimantur; veluti ſalubritate, amœnitate, opportunitate, aut circũlutione fluminis, oppidi vicinitate *l. 16. ff. quod vi aut clam. l. ſi cui fundus ff. de legat. 2.*

5. Emptio & venditio, ſicut ex parte venditoris certam rem, ſic ex parte emptoris certum definitumque precium, quod ab emptore vere, ac vt loquimur, naturaliter abeat, & in venditorem transferatur, requirit, *l. 1. ff. de contrahend. empt. l. penult. Cod. de rerum permutat.* At in conuentione annuorum redituum nulla predi quantitas pro fundi fructibus conſtituitur, quæ emptori detrahatur, immo tantum abeſt vt aliquid illi decedat, vt contra potius accedat: vtpote cum ipſius pecunia ex fundi fructibus, ſine vllo impendio ſuo amplificetur.

6. Accedit quod hoc genus conventionis nullius alterius rei quam exercendæ fœnerandæque pecuniæ cauſa inſtitutum eſt: Nam illa eo tantum pertinere videtur, vt pro parte aliqua ſortis pecuniariæ certus agri prouentus qui ei reſpondeat, & tanti plerunque ſit, præſtetur, vt ſcilicet fœnoris pecuniarii turpitudo honeſto iſto fructuum emptionis nomine tegatur: At hoc naturæ aduer-



Digitized by Google

ſari, apertum eſt; nam, vt ſcribit Ariſtoteles, nummi per ſe & ſua ſponte ſteriles ſunt, quare vtrum creditor ex ſuis nummis nummos, an fructus, an quid aliud elicere velit, nihil intereſt: nam vtroque caſu contra naturam pugnat.

7. Primus & proprius vſus pecuniæ hic eſt vt per eum cæteræ res æſtimentur non vt ea ſui ipſius ſit æſtimatio *L.1. Digeſt. de contrahend. empt. l. 1. Digeſt. de rerum permut. §. pretium. & §. item pretium. Inſtit. de empt.* Non enim congruit decem aureos decem aureis æſtimari. Ergo non licet emere annuos reditus, pecunia ſoluendos, & ſic pecuniam alia pecunia æſtimare, & pecuniam pecunia emere, cum ex hoc vſus pecuniæ peruertatur: ſiquidem in hac ſpecie nō eſt pecunia medium commutationis alterius rei; nam & eadem ratione vſura improbatur quia pecunia pecuniam non parit.

8. Huc etiam facit quod mutuum non tantum verum, ſed & fictum vſuram conſtituit & inducit *cap. ad noſtram de emptione cap. illo vos. de pign. cap. in ciuitate. de vſuris.* At in hac emptione annui reditus conſtitui in pecunia, mutuum ſaltem fictum & interpretatione quadam intercedit. Siquidem in contractu mutui tenetur reddere debitor in eodem genere *L.2. Digeſt. ſi cert. petat.* Tranſit etenim pecunia in dominium recipientis, & eius eſt periculum *L. incendium. C. de r. ſi cert. petat.* Sic & in hoc contractu, quo annui reditus emuntur, debitor eodem in genere reddere tenetur, id eſt pecuniam, cuius dominium acquiſit & periculum eius ſubire cogitur.

Et quia debitores inopia preſſi, his reditibus conſtituendis operam dant, quemadmodum olim ſolebant vſum pecuniæ vſuris redimere: deinde habentes pecuniam otioſam hac ætate ſua ob legum pœnas, volentes fœneratitiam artem effugere, his emendis reditibus auarè ſtudent & in eorum emptionem pecuniam impendunt, commodius lucrum ex ea, quam ex vera vſura percipientes, ideo contractus hic non poteſt niſi magna cum animæ & conſcientiæ diſcrimine in Republ. Chriſtiana tollerari.

9. Delictum committitur quando aliquid vltra ſortem mutui cauſa recipitur: at in his contractibus, quibus reditus annui pecunia ſoluendi conſtituuntur, quiq; maximam habent cum mutui datione conuenientiam, aliquid, habente tempore vltra ſortem ipſam in eodem genere recipitur: nam ſi quis emerit mille annuos aureos viginti millibus aureis, equidem 45. ſorte recipit & vltra eam quinq; millia. Ergo hic ſubeſt vſuræ quędam ſpecies, quæ omnino improba cenſeri debet.

10. Hic contractus titulo & nomine emptionis à quibuſdam probatur, nihil cōmune habere videtur cum emptione, quæ ex re & pretio conſtat *L. 1. ff. de contrahend. empt. §. pretium l. eod.* In hoc autem contractu, quamuis pretium cōſtituatur, non tamen adeſt res aliqua quæ eo pretio vendatur: fundus enim ſuper quo cōſtituitur cenſus minime venditur, nec conſtituentis perſona, nec item ipſa annua penſio, cum pecunia ſit: igitur emptionis titulus hic contractui adſcriptus nequaquam eum defendere aut probare poterit.

11. Autoritate doctiſſimorum virorū hic contractus improbatur: ſiquidē Salicet. in *Authent. ad hac. C. de vſur.* Henricus Handauenſis *quodlibet. 8. q. 22.* & Gregorius Ariminenſis à Saliceto nominatim citatus, hanc redituum emptionem illicitam eſſe cenſent & vſurario crimini admodum ſimilem.

12. Contractus de iure comprobati & legitimi non debēt claudicare, nec debet contrahentium alius præ alio aggrauari; ſed in redituum venditionibus valde aggrauatur emptor præ venditore, q; huic, reſtituto pretio, recedere à contractu liceat.



Digitized by Google

ceat pro omni libitu : illi vero neutiquã; vbi ſanè maximum eius non modo incommodum, ſed & periculum verſatur, veluti;tu in magna eras neceſſitate conſtitutus, dediq; tibi precibus tuis victus, pecuniæ ſummam, qua tamen & ipſe ſine iactura potui carere : ego, quod in mutuo vſuras minime paciſci liceat, ſub venditione redituũ tibi mea pecunia ſuccurri, iam mea magnopere intereſſet, eã mihi reddi, tuq; ſine magno quidem incommodo tuo reddere poſſes, ſed quia& tu ſortẽ retinendo lucrum non exiguum facere potes, reſtituere detrectas; ibi nemo nõ videt quantopere creditor prę debitore in redituũ emptione grauetur. De periculo etiam nemo eſt qui dubitare poſſit, contra creditorem, ſortem repetentem, debitor ſuo legis patrocinio ſe defendere poteſt, donec res ad reſtim redeat, & ita tandem ex diſpenſione non minus, quam ipſa ſorte bonus creditor periclitetur.

13. Si de iure valida eſſet emptio-vẽditio annuorum redituum, tunc etiam *L. 2. C. de reſcindend. vendit.* locum in ea haberet & ita læſis ſaltem vltra dimidium iuſti pretii ſubueniendum eſſet, præſertim cum & alias in contractibus alter alterum paululum poſſit decipere : ſibi quolibet imputaturo, quod maiore cum induſtria rem ſuam non egerit, *L. item ſi pretio. §. fin. Dig. de locato. L. cauſam. ff. de minorib.*

14. Adhæc penſiones, ſiue reditus annui eaſdem, quas de iure communi vſurę limitationes & moderationes habẽt : ergo eãdem, quam vſuræ vel naturam, vel, ad minimum, ſuſpicionem habent. Et hoc ipſa veritas eſt; quicquid enim dicant Dd. vt Duarenus in *tit. de vſur. capit. 2. in fine* & alibi, certum eſt quod iſtæ emptiones nihil ſint aliud quam vſurarum ſtipulationes, reluendi poteſtate, in ſolum debitorem collata, in fraudem ſaluberrimi contractus mutui, & creditoris præiudicium, cum ſufficiat de reluendi poteſtate ipſos contrahentes interuenire.

15. Quin & ideo emptio annuorum redituum ſubſiſtere nequit, quia vendens annuum reditum, ex fundo ſuo nihil in ementem transfert, ſed dominus rei permanet : cum igitur emptor ex re aliena, lucrum ſentiat, conſentaneum eſt eum vſuram committere *cap. 1. & 2. de vſuris.*

16. Denique cum poſt annuorum curricula reditus excedant pretium, palam eſt quod annuorum redituum emtio ſit contractus vſurarius, & conſequẽter illicitus ac iure improbatus. Atq; hęc ita contra emptionem annuorum redituum diſputat præter ſupra nominatos ICtos Petrus Frideros Mindanus *lib. 2. de mandat. ind. c. 72.*

Cæterũ pro contraria opinione, quod nempe valeat annuorum redituum emptio, pugnant Couaru. *lib. 3. Reſolut.* Andr. Gail. *2. obſeruat. 7.* vbi hanc opinionem vocat communem Mynſing. *1. obſeruat. 79. n. 7.* Faciunt autem pro ea ſubſequentia argumenta.

1. Vbicunque ſunt omnia vera emptionis-venditionis ſubſtantialia, ibi quoque neceſſum eſt eſſe emptionem-venditionem : poſitis enim rei alicuius ſubſtantialibus partib. vniuerſis, neceſſum eſt rem ipſam poni : atqui in venditione annuorum redituum omnes ac ſingulæ veræ emptionis-venditionis partes ſubſtantiales ponuntur : igitur emptionem-venditionem annuorum redituum veram eſſe emptionem-venditionem neceſſum eſt.

Aſſumptio huius argumenti ſic probatur : partes ſubſtantiales emptionis-venditionis ſunt tres, conſenſus, merx, ſiue res, quæ venditur, & pretium : de mutuo ementis & vendentis annuos reditus conſenſu, quia intercedat, nullum eſt dubium, is enim ab omnibus

præſupponitur. De precio itidem cõſtat, quod nempe in ea conſiſtat pecunia, quæ pro annuo reditu datur: merx vero, ſiue res, quæ emitur & venditur, ſunt annui reditus: hi enim ſunt res certę, vnde emi poſſunt *l. ex empto, Dig. de contrahend. empt.*

2. Accedit deinceps & hæc ratio, quod cum vſusfructus poſſit emi *l. nemo. §. vlt. ff. de periculo & commod. rei vendit.* igitur conſimiliter & annui reditus emi & vendi poſſunt: nam inter vſumfructum & annuum reditum, quoad propoſitum, ratio diuerſitatis nulla dari poteſt.

3. Quicquid merx eſt, illud, niſi ſpecialiter prohibeatur, vendi poteſt & emi. Atqui annuus reditus merx eſt & rebus immobilibus annumeratur, prout text. eſt in *Clement. exiui. §. cumque annui reditus. de verbor. ſignificat.* Proinde vel ex hoc fundamento dicendum ac ſtatuendum eſt, annuum reditum poſſe emi & vendi.

4. Ad hæc Indubitatum ac certum eſt quod aliquis alteri poſſit titulo donationis annuos reditus è domo ſua cõſtituere, huncque annuum reditum rurſus vendi poſſe, nihil proinde quicquam vetat eoſdem annuos reditus à domo ſua conſtituere ac pecunia vendere poſſe.

5. His adde quod ius percipiendi annuos reditus poſſint æſtimari pecunia vt quod ad ferat realem poſſeſſori vtilitatem: quocirca emi & vendi iuſtiſſimè poterunt.

6. Quin hæc ſententia confirmari etiam & ſtabiliri videtur authoritate Iuſtiniani Imperatoris, qui in Authentic. *vt hi qui obligat. ſe perhib. res minor. §. quoniam verſic. licebit iunct. gloſſ.* Vnde conſtat licitum eſſe curatoribus pecuniis minorum annuos reditus pecuniarios emere. Id quod etiam probat Nouell. 160. quæ etſi in vulgaribus Codicibus deſideretur, refertur tamen inter græcas & Haloandri Nouellas ibi manifeſte præſens contractus annuorum redituum, tanquam licitus approbatur & à contractu mutui & vſurarum diſtinguitur.

7. Poſtremo hic contractus annuorum redituum nouiſſimis Imperii conſtitutioibus permittitur. *tit.* von wücherlichen Contracten. §. vnd mag nach dem / in receſſibus Reformation guter Policey zu Augſpurg. Anno 1548. auffgerichtet.

Ego in hac concertatione poſteriori huic ſententiæ ſubſcribendum eſſe duco. Ita tamen vt 1. Emptor pretium dat venditori abſque vlla repetendi facultate: Nam ſi conueniat vt quando placuerit, ad factam denunciationem repetere liceat, non eſt vera emptio-venditio 2. Vt penſio, cenſus, vel reditus iuſtam quantitatem ratione pretii non excedat; neue per eam fraus fiat legi de modo vſurarum, ſed pro centum aureis vnus annuatim accipiatur iuxta prædictam conſtitutionem Imperii de Anno 1548. 3. Et denique vt penſiones poſſunt à venditore pro lubitu eius quãdocunque reſtituta ſorte pretioue redhibito redimi.

Hiſce, inquam, concurrentibus requiſitis, puto valere emptionem annuorum redituum non obſtantibus contrariis argumentis ſupra recenſitis.

Quod enim ad primum, quod nempe conuentio iſta, quam nos annuorum redituum emptionem venditionem appellitamus non ſolo contrahatur conſenſu: reſpondeo; nondum hoc probatum eſſe nec à nobis concedi: nec ſane verum hoc eſſe iudicio: Emptio ſiquidem iſta quamprimum contrahentes conſenſerint, perfecta eſt; adeo vt pretii numeratio non ad eius perfectionem, ſed ad cõſummationem & complementũ deſideretur, prout in alia quauis emptione accidit. Nec moueor quod priuſquam pretiũ

fuerit

fuerit numeratum efficax exinde obligatio non naſcatur: Præterquam enim quod hoc nuda Hotomanni aſſertione ac teſtimonio nititur; Hoc etiam cum alia quauis emptione commune habet, quandoquidem emptio-venditio emtori etiam ante precii numerationem actionem quidem parit, ſed talem, quæ per exceptionem elidatur & infringatur *l. Iulianus. 13 §. offerri ff. de act. empt.*

*Ad ſecundum* reſpondeo, ex emptione-venditione annuorum redituum vltro citroque obligationem naſci, ſi quidem is, cui fundus, ex quo percipiuntur reditus, traditur, ipſo etiam Hotomanno teſte, obligatur: Eum vero qui tradit, obligatum eſſe alteri ad hoc, vt patiatur eum vti fundo exindeque reditus iſtos annuos percipere, negari nō poteſt: Præterea quid obſecro abſurdi ſtatueremus, etiamſi diceremus, hunc qui fundum tradidit, obligatum non eſſe? Cum traditione & ſolutione eius quod debetur, liberatio contingat atque obligatio ea, quæ prius tenuit, diſſoluatur. *pr. l. quib. mod. obligat. ſoluit.* Et annon hoc idem quoque cæteris in emptionibus obtinet, vt vend tor præſtatione eius, quod vendidit, liberetur deſinatque emptori obligatus eſſe?

*Ad tertium* reſpondeo in emptione-venditione annuorum redituum idcirco non totum fundum, ſed prouentus duntaxat illius annuos æſtimari, quia non ipſe fundus, ſed annui duntaxat eius reditus emuntur & venduntur: Proinde ſicut in cæterarum rerum venditionibus res venditæ æſtimantur; ita quoque in hac annuorum redituum venditione res vendita, annui ſcilicet reditus, æſtimatur.

*Ad Quartum* reſpondeo per emptionem-venditionem annuorum redituum fundum, cuius reditus ſunt venditi, nequaquam domino auferri nec ad emptorem transferri, ſed venditoris in dominio permanere, ita vt nihil ad emptorem transferatur, quam ius percipiendi annuos reditus, cætera, ſi quę ſunt fundi cōmoda, & vtilitates, venditoris permaneant: Atque ſic etiam omnes noſtri ſtatuunt.

*Ad Quintum* expedita quoque reſponſio eſt: Quod enim certum ac definitum precium ab emptore vere & naturaliter abeat, & in venditorem, hac in venditione transferatur, nemo inficias ire poteſt, qui modo, quidnam ſit emptio annuorum redituum non ignorat: Requiritur quippe iſthac in emptione vt pro agri alicuius annuis prouentibus certa pecuniæ ſumma venditori dominoque fundi iſtius exſoluatur, illudque ab emtore in venditorem vere, realiter ac naturaliter transferatur. Et quanquam ex tali emptione emptori aliquid emolumenti accedat, ipſeque exinde reddatur locupletior, ex eo tamen colligi & concludi non poteſt, quod precium à venditore reuera non diſceſſerit & in venditorem translatum ſit: Quid enim ſi ex alterius alicuius rei emtione locupletatus fuerit emptor ipſique aliquid acceſſerit lucri, num propterea dicemus emptionem veram contractam non fuiſſe.

*Ad ſextum* reſpondetur contractum annuorum redituum non eſſe vſurarium, nec eo ſpectare, vt fœnoris pecuniarij turpitudo honeſto emptionis redituum nomine & titulo tegatur: Quid enim inter contractum vſurarium & annuos reditus interſit, mox oſtendetur: Et ſane Imperii Nouellis conſtitutionibus vſurarii contractus diſerte ſunt prohibiti: cōtractus vero emptionis annuorum redituum iiſdem in conſtitutionibus permittitur intra quantitatem & modum præſcriptum, *d. tit.* von wucherlichen contracten in reformatione guter Pollicey ordnung zu Augſpurg auffgerichtet.

*Ad ſeptimum* reſpondetur: Etſi primus

ac proprius hic ſit finis & vſus pecuniæ vt per eam res aliæ æſtimentur, non vero vt ſit ſui ipſius æſtimatio nihil tamẽ quicquam vetare quominus ſecundo & improptio vſu pecunia ſit ſui ipſius atque cum alii pecunia permutetur: perinde vt primus ac proprius vſus calcei eſt vt pedem tegat, impropriꝰ tamen & ſecundus eſſe poteſt vt cum alia re permutetur. Maxime cum ſatis conſtet quod pecunia commutari queat: Obſeruandum deinceps quod in emptione annuorum redituum pecuniæ non ipſa ematur pecunia, nec pecunia æſtimeẽ, ſed quod ius percipiendi annuam penſionem pecunia ematur & æſtimetur.

*Ad Octauum* reſpondetur, contractum mutui ab emptione annuorum redituum, ſeu cenſuum pecuniæ multis modis differre: Siquidem in mutuo pecunia mutuo data ſalua manet creditori & repeti poteſt, ſed in emptione annuorum redituum ſors tanquam precium in venditorem illico transfertur; adeo vt emptor eam, quandiu rectius ſoluuntur, reuocare & repetere nequeat. Accedit huic quod in mutuo ſub vſuris principalis obligatio ſpectat ad ſortem & acceſſoria ad vſuras: At in emptione annuorum redituum principalis ad annuam penſionem, non ad ſortem. Adde quod vſura tunc dari cenſeatur, quando aliquid vltra ſortem percipitur atque ſic vſura ſortis obligationem præmittit: Atqui in emptione annuæ penſionis nulla eſt obligatio ad ſortem, quia pecunia ſeu precium perpetuo alienatur & tranſit ad recipientem ſi ipſe nolit redimere annuum reditum, vt ita nihil hic vltra ſortem recipiatur, ſed loco ſortis perpetuo alienatæ penſio reddatur.

*Ad Nonum* reſpondetur vt iam reſponſum eſt; ſiquidem in emptione annuorum redituum de qua nunc agimus nihil vltra ſortem recipitur: Sortem ſiquidem nunquam recipit emptor, proinde annuam penſionem non vltra ſortem, ſed pro ſorte recte percipere dicitur.

*Ad decimum* reſponſio ex iam dictis patet: In præſenti quippe venditione res, ſiue merx, quæ venditur, non eſt fundus, nec pecunia, ſed ius fundo annuos percipiendi prouentus & annuam penſionem percipiendi: Non igitur obſtat, quod penſio ſit pecunia, hæc autem emi & vendi nequeat: Nam aliud eſt pecunia & aliud ius pecuniam percipiendi, ſicut aliud ſunt fructus & aliud ius percipiendi fructus: pecunia igitur emi non poteſt, nec in propoſito etiam emitur, ſed ius ſolum annuos percipiendi fructus.

Ad vndecimum reſpondeo Authoritatem opponi Authoritati: Nec minoris Authoritatis eſſe eos ICtos qui ſtatuunt venditionem annuorum redituum non eſſe illicitam nec iure prohibitam nec iuri aut æquitati vel etiam rationi iuris contrariam: vide Andr. Gailium *2. obſeruat. 7. Minſing. 1. obſeruat. 9. Didacus Couarruu. 3. Reſolut 7.* Valquius *lib. 2. controuerſ. 84. n. 31.* Deinde ratio iuris ac legum prævalere ac præponderare debet authoritati interpretum, vt quarum hæc ab illa, non vero illa ab hac pendeat.

*Ad duodecimum* reſpondeo, quod emptor ſortem, ſeu precium, quando vult repetere ac recipere non poteſt. hoc iniquum non eſſe; ſiquidem ex natura emptionis hoc eſt, quod precium in venditorem irreuocabiliter tranſit. Nec hoc iniquum eſt, quod emptor, precio recepto, cedere iure ſuo cogitur: ſiquidem ex inde nullum patitur damnũ, eo quod ſuum recipit: Et licet damnoſum fortaſſis ei foret, ſibi tamen imputet cur huiuſmodi inierit contractum; Quin etiam contractum aliquem claudicare & vni lucroſum alteri damnoſum exiſtere poſſe argumento eſt contractus ſocietatis commodati; Imo & mutui qui lucrum

ctum debitori duntaxat adfert, creditori dámnoſus eſſe poteſt: quid enim ſi creditoris interſit plurimum pecuniam ſuam habere, vt qua ipſe indigeat, non tenetur debitor ante diem præfinitum pecuniam reddere, etſi hoc damno creditori ſit ceſſurum: Nec, quod obſeruandum, euentus conſideratur, ſed ipſa potius contractus natura ipſorumque contrahentium intentio inſpicitur. Et ſane licet contingere poſſit vt tali ex contractu creditor, ſeu emptor damnum aliquod ſentiat; fieri tamen poteſt vt exinde lucrum percipiat, prout idem quoque aliis in contractibus obtinet.

*Ad tertiumdecimum* Reſpondeo conſequentiam negando quia illis, qui annuorum redituum emptione circumuenti ſunt non opus eſt beneficio *l.2.C. de reſcindend. vendit.* *Tum* quia ſi talis interuenit læſio contractus ob defectum neceſſarii requiſiti contractus ipſo iure nullus eſt; ita vt nulla penitus indigeat reſciſſione *argum.l.5. C. de legib.* *Tum* etiam quia ſatis proſpectum eſt emptori in *l.eos.C.de vſur.* in qua conuentio, qua vſuræ promiſſæ ſunt, ſi modum præfinitum excedat, infirma pronunciatur: proinde ſi annua penſio legitimum vſurarum modum excedat, atque in fraudem legitimarum vſurarum fiat, contractus emptionis non ſeruabitur.

Quin nec ideo propoſitum argumentum concludit quia beneficium *dict. leg. 2.Cod. de reſcind. vendit.* non ad contrahendam & conſtituendam emptionem-venditionem pertinet, nec eſſentiale emptionis-venditionis requiſitum continet, ſed ad reſoluendam emptionem ſpectat. Vnde profecto perperam ita concluditur quod in quo contractu deficiat hoc beneficium atque remedium *dict.l. 2.* illud emptio-venditio dici nequeat.

*Ad decimumquartum* reſpondetur, ex prædictis ſatis conſtare quantum annua penſio ab vſura & quantum emptio annuorum redituum à contractu vſurario differat. Et ſane non omnis vſura, nec omnis conuentio, qua vſura promittitur, iure prohibita, ſed potius, ſi modum præſcriptum non excedat, permiſſa eſt *d. l.eos. C.de vſuris.* Quocirca & annui reditus, ſiue annua penſio, quatenus legitimum vſurarum modum non excedunt, non prohibiti, ſed iure permiſſi erunt.

Non refragatur ſententiæ noſtræ decimumquintum argumentum, quod vendens annuum reditum ex fundo ſuo nihil quicquam in ementem transferat, ſed dominus rei permaneat: Ad hoc quippe Gailius reſpondet, vendentem annuum reditum transferre ius percipiendi illum reditum tanquam rem venditam in ementem, quod quidem ius, tanquam incorporale, ſeparatum ſit ab ipſa pecunia: Vnde licet venditor dominus fundi permaneat, iuris tamen huius dominus non maneat, ſed transferat illud ipſum in emptorem: Quemadmodum in ſimili vendens ſeruitutem eundi per fundum ſuum, etſi rei hoc eſt, fundi dominus maneat, ſeruitutis tamen venditæ dominus non eſt; & ſic non ex re aliena, ſed ex propria fructus percipit.

Non infringit denique ſententiam noſtram poſtremum argumentum, quod nempe poſt aliquot annorum curricula, puta poſt 20. annos, reditus excedant precium, quia ob id contractus non eſt turpis, aut illiberalis, cum emptor non ex re aliena, ſed ex re propria fructum percipiat, vt modo dictum eſt, & idem accidere poſſit in emptione prædiorum, vt videlicet poſt multos annos fructus percepti precium excedant, &

tamen

certi reditum; quoad viuet, dari voluit, perſpicue reſpondit, poſſe tutorem heredis fundum vendere, neq; tamen legatariæ emptorem obligari, ſed tutorem debere eam quantitatem annuam quam viuus paterfam. ex locatione fũdi redigere conſueuerat: hoc ideo, quoniam ea perſonalis obligatio eſt, & ſiquidem re ipſa & corpore pendeat; adeo vt corpore perempto, ipſum quoq; ius perimatur, contra quam in ea, de qua loquimur, redituum emptione.

## Resolvtio Thesis Sextæ.

*Lit. A.* Ex parte emptoris precium interuenire in emptione oportere ſupra oſtenſum fuit ex §. *precium & §. item precium. I. de empt. vendit.* & ita quidem vt cogatur emptor venditorem precii facere dominum *l. 11. §. 2. ff. de act. empt*, adeo vt niſi hoc factũ ſit, venditor non teneatur rem tradere, nec cenſeatur in mora tradendi eſſe nec conueniri poſſit ad tradendum *l. fiſtulas. §. qui feudum l. Iulianus. §. offerri ff. de action. empt. l. fin. ff. de reſcind. vendit.* Nec denique dominium transferatur niſi precio ſoluto, aut niſi aliter ſatisfactum fuerit precii nomine venditori; adde, aut niſi fides emptori à venditore de precio habita fuerit *l. ex empto. pr. ff. de actionib. empt. §. vendita. I. de rerum diuiſ.*

*Qu. 38. An ex nuda rei vendita traditione præſumatur fides de precio habita?*

Sed quando intelligatur emptori de precio fides habita, quæritur? Equidem Gloſſ. in *l. quod vendidi ff. de contrah. empt. & in §. vendita. I. de rer. diuiſ.* quam Dd. communiter ſequuntur, ſtatuunt tunc cenſeri fidem emptori à venditore habitam, quando venditor rem emptori tradit ſimpliciter nec quicquam dicit vel excipit. Veruntamen ab hac ſententia doctiores ICti non immerito recedunt, ac ſtatuunt quod non dicatur nec cẽſeatur habita fides de precio, niſi hoc expreſſe actum fuerit inter contrahentes; idque ex ſubſequentibus rationibus.

1. In hoc contractu emtionis venditionis hoc intelligitur actum quod naturaliter ineſt contractu, cum bonæ ſit fidei, *l. ex empto. ff. de act. empt.* atqui illud contractui emptionis venditionis naturaliter ineſt, quod venditor tractat rem, ſi modo precium fuerit ſolutum *d. l. ex empto.* ergo aliter non intelligitur translatum eſſe dominium, niſi precio ſoluto, quod pro expreſſo haberi debet *l. cum quid ff. ſi cert. pet.*

2. Illud inſuper præſumi debet quod actum eſſe veriſimile & credibile eſt, *cap. quia veriſimile. de præſumpt. l. non eſt veriſimile. ff. quod met. cauſa.* Sed cum emptor nõdum compleuit contractum ex parte ſua, quia non ſoluit precium, non eſt veriſimile quod venditor voluerit prius dominium transferre, quam ſibi ſolutum fuerit.

3. Accedit quod oratio reſpiciens plura determinabilia, debeat ea pariter determinare *l. quamuis C. de impub. & aliis ſubſtitut. l. iam hoc iure ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Sed hæc tria, ſcilicet quod dominium ex emptione, venditione non transferatur niſi precio ſoluto & ſatisfacto & habita fide, ponuntur exceptiue à regula in *d. l. quod vendidi*, nec eſſe precium ſolutum aut ſatisfactum præſumitur, niſi probetur *l. inciuile C. de rei vendica. l. quinquaginta. ff. de probat.* igitur nec præſumetur fidem de precio habitam eſſe, niſi probetur.

4. Fundans intentionem ſuam in aliquo, regulariter tenetur illud probare *l. 11. D. de prob. l. ſi rem minoris D. de in integr. reſtitut.* Igitur emptor conuentus à venditore rei vindicatione, dicens habitam fidem, cum fundet intentionem ſuam in eo, debet liquido illud probare.

5. Translatio dominii eſt magni præiudicii & difficilior, quam poſſeſſionis *l. ſi quis vi. §. differentia D. de acquir. poſſ. l. id*

Aa quod

*Quod noſtrum D. de reg. iur.* igitur per ſimplicem traditionem non inducitur, nec præter animum & mentem vendentis quicquam factum videtur, cum non ſatisfaciat traditio ſolius penſionis.

6. Nemo etiam præſumitur ſuum inſtare *l. cum de indebito. D. de probat.* & ex pluribus probationibus illa ſumi debet, quæ probabilior eſt & minus continet abſurditatis *arg. l. in concubinatu. D. de concubin. l. in libera, D. de rit. nupt.*

7. Inſuper contractus emptionis & venditionis eſt reciprocus, id eſt vltro citroque obligationis, nec debet claudicare *l. Iulianus. §. ſi quis colludente. D. de action. empt.* atqui ſi diceretur dominium translatum & precium non eſſe ſolutum; claudicaret vtique contractus.

Ex his igitur fundamentis perſpicue contra Gloſſam probatur quod in dubio ex ſola rei vendita non præſumitur de precio emptori fides habita.

Qu. 39. *An ſi emptor poſt terminum ſolutioni præfixum non ſolverit adhuc fides ei habeatur poſt terminum?*

Aliud eſt cum tempus indulgetur emptori ad quod precium ſoluat; tunc enim interea fides ipſi habita eſſe cenſetur, & conſequenter dominium rei venditæ transfertur: Sed quid ſi ad terminum ſolutioni præfixum precium non ſoluerit emptor anne poſt illum terminum adhuc fides emptori haberi cenſetur, dominiumque rei venditæ ſemel ipſi acquiſitum, apud eum manere cenſetur? dubia eſt quæſtio, pro negatiua tamen fortiores militant rationes.

1. Cum conſtet dominium transferri poſſe ad tempus *l. fin. C. de legat.* nihil prohibere videtur, quo minus dominium rei venditæ reuertatur ad venditorem, ſolutione non facta in termino.

2. Actus agentium non debent operari vltra ipſorum intentionem *l. non omnis in pr. Digeſt. ſi cert. petat.* ſed venditor apponendo terminum, videtur tacite poſt terminum fidem habere noluiſſe: nec dominium amplius apud emptorem manere: igitur perinde haberi debet atque ſi expreſſe hoc dictum fuiſſet.

3. Permiſſum ad tempus intelligitur poſt tempus prohibitum *l. ſtatuliberum §. ſtichum. ff. de legat. 2.* atqui ad tempus fides eſt habita de precio. Igitur poſt tempus determinatum fides amplius haberi non cenſetur.

4. Ex appoſitione termini ad ſoluendum præſumitur coniectura venditoris expreſſa, quod noluerit fidem habere de precio poſt tempus, & quod forte aliter non fuiſſet venditurus, ſi putaſſet emptorem preciũ non ſoluturum: proinde fide non ſeruata, debet ipſi actio ad rem vindicandam concedi *l. cum ei fundum. C. de pact. inter empt.* nec obſtat *l. qui ea lege C. de pact. int. empt.* vbi appoſito pacto de ſoluendo infra certum tempus & quod aliàs res reuerteretur ad venditorem, non tamen conceditur vindicatio, ſi non fuit translata poſtea poſſeſſio; quia non fuerunt appoſita verba directa legis commiſſariæ, id eſt quod res eſſet inempta, ſed obliqua; quæ non faciunt ipſo iure dominium transferri.

Denique emptori non ſeruanti fidem in ſoluendo fides contractus à venditore ſeruari non debet *l. cum perſonas C. de pact.* & tutius eſt rei incumbere, quam in perſonam agere *l. plus cautionis ff. de reg. iur.* vnde dicendum videtur vel quod dominium ſit translatum ad tempus termini facti de ſoluendo, vel quod nullo modo translatum ſit dominium: ſed potius res ſit tradita ſub conditione, vt ſi ſoluatur in termino, dominium transfertur & non aliter. *l. ſub conditione ff. de ſolut.* Fabian. de Mont. *tractat. de empt. princip. quæſt. 5. n. 41. & ſeqq.*

Precium emptionis venditionis in *Lit. B.* pecunia numerata duntaxat conſiſtere & *C.* debere,

Digitized by Google

debere, videtur vtique de iure noſtro expeditum eſſe: quanquam enim hae de re inter veteres maxima fuerit contentio vtpote Sabino & eius ſectatoribus emptionem-venditionem rerum permutatione fieri poſſe ſtatuentibus; ipſorum tamen obtinuit ſententia, qui ſtatuerunt in alia re precium conſiſtere non poſſe niſi in pecunia numerata. §. *precium & §. item precium I. de empt. l. 1. eod. tit. l. penult. C. de rerum permutat. l. 3. C. de contrahẽd. empt.*

*Qu. 40. An precium debeat in pecunia numerata conſiſtere?*

Non obſtat quod emptio venditio cõtracta eſt quando pro vna precii parte pecunia & pro altera parte opera praeſtatur. *l. 6. §. 1. ff. de act. empt. l. 6. ff. de praeſcript. verbis.* obſeruandum enim eſt quod in caſu *d. l. 6. §. 1.* precium tantum in pecunia numerata conſtiterit; proponit quippe ICtus inſulam certa pecunia eſſe venditam pacto ſaltem, emptionis contractui adiecto, conuenerat vt præter precium aliquid etiam fieret, inſula reficeretur, de quo ideo ex vendito agitur, quia pactum iſtud emptionis-venditionis contractui erat in continenti adiectum.

Minus aduerſatur quod in *l. 9. C. de reſcind. vendit.* vbi Imperator reſcribit: ſi inter emptorem & venditorem conuenerit vt pro conſtituto precio certa pecorum capita ſoluantur, emptionem & venditionem conſtare.

Reſp. Nã etſi ab initio, vt ſupra oſtẽſum eſt, precium emptionis non poſſit in alia re, quam in pecunia numerata conſtitui; nihil tamen prohibet quominus pro pecunia, precii nomine ex emptione-venditione debita volenti & conſentienti venditori alia quæpiam res ſoluatur; cum aliud, quam quod debetur, volenti creditori iure ſoluatur *pr. I. quib. mod. obligat. ſoluit.*

Quocirca etſi Franciſcus Hotomannus exiſtimet veteris illius ICtorum veterum diſputationis, vtrum precium emptionis-venditionis in alia etiam re, quam in pecunia numerata conſiſtere poſſit, veſtigia quædam in iure noſtro eſſe relicta propter textus modo adductos: Mihi tamen iſta opinio vero non videtur eſſe conſentanea quia compilatores iuris noſtri mandatum habuerunt à Iuſtiniano vt tales contrarietates & contradictiones veterum ICtorum iuri non insererent *l. 1. & 2. C. de iure vet. enucl.* ſed id ſolum quod receptum quodque vſu frequentatum, in corpus iuris referrent. Iam vero deciſa erat ab Imperatore Iuſtiniano iſta controuerſia & conſtitutum vt precium duntaxat conſiſteret in pecunia numerata *d. §. precium. I. de empt.* Imo & ante Iuſtinianum exploſa fuit contradicentium ſententia *l. 1. ff. de contraher. d. empt.* abſurdum itaque foret compilatores iuris contra quam ipſis mandatum erat, fabulas iſtas, iam tum exploſas, & manifeſtas contradictionis iuri inſerere. Per incuriam vero compilatorum haſce contradictiones irrepſiſſe in pandectas, credibile non eſt, cum controuerſia iſta admodum fuerit celebris & cuiuis notiſſima: vt taceam quod in legibus adductis ab Hotomanno nihil quicquam occurrat quod Sabinianorum hæreſin ſapiat, prout relucet ex iis quæ ad textus illos reſponſa fuerunt. Quocirca exiſtimo conſtantem eſſe ICtorum, quorum quidem reſponſa in iure noſtro extant, ſententiam, quod precium duntaxat in pecunia numerata conſiſtere debeat.

Non ſufficit autem in pecunia numerata precium conſiſtere, ſed illud etiam certum determinatum ac definitum eſſe oportet, vt de quãtitate eius conſtet *§. ſed & certũ. I. de empt. vẽdit. l. 6. de reb. credit. l. 7. l. 37. ff. de contrahẽd. empt.* definiẽdũ autẽ eſt preciũ vel ab ipſis cõtrahẽtibus vel ab eo *Lit. D.*



Digitized by Google

cuius arbitrio precium definiendum illi commiſerunt *d.§.ſed & certum.* quo caſu in pendenti & quaſi per conditionem ſuſpenſa erit emptio-venditio; ita vt ſi ille æſtimarit rem preciumque definierit, tunc eius arbitrio omnimodo ſtandum ſit; ſi vero non definierit, nec definire voluerit, contractus, conditione vtpote deficiente, retro nullius momenti eſſe cenſebitur *d.§.ſed & precium l.de empt.*

Qu. 41. *An etiam iniquo arbitri arbitrio ſit ſtandum?* Veruntamen vtrumque dubium eſt iam præciſe & ſimpliciter arbitri definitioni, etiam iniquæ, ſtandum ſit. 2. Et an eo non definiente contractus corruat, ſeu retro ab initio non valuiſſe cenſeatur?

Et quidem, quod ad priorem quæſtionem, pro affirmatiua ſententia, quod nempe præciſe ſtandum ſit ſententiæ arbitri etiam iniquæ nec reductio hoc caſu locum habeat, ſtatuunt Franciſcus Hotomannus *5. obſeruat. 21.* Pacius *5. antin. 3.* Iacob. Cuiac. *ad l. 43 ff. de verbor. obligat.* id quod hiſce fundamentis demõſtrare conantur.

*1.* In *l. 24. D. locati.* ICtus Gaius hoc ipſum verbis diſertis confirmare videtur, in hæc verba ſcribens: ſi merces promiſſa ſit generaliter alieno arbitrio locatio & conductio contrahi non videtur: Sin autem quanti Titius æſtimarit, ſub hac conditione ſtare locationem, vt ſiquidem ipſe, qui nominatus eſt, mercedem definierit, omnimodo ſecundum eius æſtimationem & mercedem perſolui oporteat & conductionem ad effectũ peruenire: ſin autem ille vel noluerit, vel non potuerit mercedem definire, tunc pro nihilo eſſe conductionem quaſi nulla mercede ſtatuta.

2. In *l. 78. D pro ſocio.* ait ICtus, in noſtro caſu, quo arbiter iniquum fuerit arbitratus, boni viri arbitrium eſſe ſequendum, quia contractus ſocietatis ſit bonæ fidei: vnde colligitur in ſtricti iuris contractibus aliud dicendum eſſe.

3. Et Iuſtinianus in *l. fin. Cod. de contrahend. empt.* ſuper rebus, ait, venundandis ſi quis rem ita comparauerit vt res vendita eſſet, quanti Titius æſtimauerit, magna dubitatio exorta eſt multis antiquæ prudentiæ cultoribus, quam decidentes, ſancimus cum huiusmodi conuentio procedat; quanti ille æſtimauerit, ſub hac conditione ſtare emptionem, vt ſiquidem ipſe qui nominatus eſt, precium definierit, omnimodo ſecundum eius æſtimationem & precia perſolui, & venditionem ad effectum peruenire.

4. Idemque Iuſtinianus in *§. 1. l. de contrahend. empt.* ſed noſtra, inquit deciſio (quæ extat in *l. fin. 4. de contrahend. empt.*) ita hoc conſtituit, vt quoties ſic compoſita ſit venditio quanti ille æſtimauerit, ſub hac conditione ſtaret contractus, vt ſi quidem ille qui nominatus eſt, precium definierit, tunc omnimodo ſecundum eius æſtimationem & precium perſoluatur & res tradatur & venditio ad effectum perducatur, emptore quidem ex empto actione, venditore ex vendito agente.

*5.* Subſcribit his etiam Vlpianus in *l. 27. §. 2. D. de recept. qui arbitr.* quo in loco ita ſcribit: ſtari autem debet ſententiæ arbitri, qua de re dixerit, ſiue æqua, ſiue iniqua ſit: Et ſibi imputet, qui compromiſit; nam & D. Pii reſcripto adiicitur vel minus probabilem ſententiam æquo animo ferre debet.

Ex hiſce igitur iuris fundamentis colligitur, eius arbitrio, qui etiam iniquum arbitratus eſt, præciſe ſtandum eſſe nec ad arbitrium boni viri redigendum eſſe.

*6.* Accedit his etiam iuris ratio manifeſta, quod nempe conſenſu & conuentione contrahentium certa ſit electa perſona, cuius arbitratu debeatur, eaque ſit conditio contractus vt fiat, ſeu præſtetur, quod ea arbitraria fuerit perſona.

Quæ

Quæ conditio non exiſtit ſi perſona iſta arbitrium interpoſuerit:conditione autem contractus exſtente omnino debetur,quod ſub illa conditione promiſſum fuit.

7. Adde & hanc rationem,quod arbitro electo non arbitrante, non intelligatur arbitrium boni viri & ideo cõtractus non procedat *l.fin. Cod.de contrahend.empt.*igitur cum hoc caſu perſona Titii præciſe comprehenſa ſit, nec ab ea recedatur, idcirco hoc etiam caſu Titii & non boni viri perſona comprehenſa intelligatur.

Cæterum, his non obſtantibus, contrariam opinionem probant & ſequuntur Franciſc.Duaren.& Hugo Donellus *in l.43.ff.de verbor.obligat.* quibus & ego non inuitus ſubſcribo.

1. Quia in *l.76.ff.pro ſocio*,ita Proculus reſpondet:*Exiſtimo melius te quæſiturum fuiſſe vtrum ex his partibus ſocii eſſemus, quas is conſtituiſſet, an vero ex his,quas virum bonum conſtituere oportuiſſet: arbitrorum enim genera ſunt duo; vnum eiuſmodi vt ſiue æquũ ſit,ſiue iniquum ſit,parere debeamus.Quod obſeruatur cum ex compromiſſo ad arbitrum itum eſt:alterum eiuſmodi vt ad boni viri arbitrium redigi debeat, etſi nominatim perſona ſit comprehenſa, cuius arbitratu fiat.*

2. In *l 24.ff.locat.Paulus ita ſcribit:ſi in lege locationis comprehenſum ſit,vt arbitratu domini opus adprobetur, perinde habetur ac ſi boni viri arbitrum comprehenſum fuiſſet: idemque ſeruatur ſi cuiuslibet alterius arbitrium comprehenſum eſſet; ſed fides bona exigit vt arbitrium tale præſtetur, quale viro bono conuenit. Idque arbitrium ad qualitatem operis, non ad prorogandum tempus,quod lege finitum ſit.*

3. In *l.30.ff.de operis libert.*ait Celſus: *Si libertus iurauerit dare ſe quot operas patronus arbitratus ſit, non aliter ratum fore arbitrium patroni,quam ſi æquum arbitratus ſit.Et fere ea mens ſit perſonam arbitrio ſubſtituentium,vt,quia ſperent eum recte arbitraturum, id faciant, non quia immodice obligari velint.*

Non aduerſantur huic ſententiæ quæ pro priori opinione ſupra adducta fuerũt.

*Ad primum* enim reſpondetur, vbi etiam ad *Tertium* & *Quartum*, in emptione venditione, vt & vocatione conductione idcirco præciſe ſtandum eſſe arbitrio arbitri, nec illud ad arbitrium boni viri redigendum eſſe,quia iure permiſſum contrahentibus ſit in contractibus hiſce emptionis venditionis, locationis conductionis inuicem ſe circumuenire *l.16.ff.de minoribus l.22.ff.locati.* ac proinde Titius, etſi iniquum arbitratus fuerit, arbitrium tamen eius non redigatur ad arbitrium boni viri: ita tamen vt ſi dimidium iuſti precii excedat iniquitas arbitrii, non tamen ſit locus *l.2. C. de reſcindend.vendit.*In aliis autem contractibus, in quibus non æque permiſſa eſt circumventio, aliud dicendum eſſe, quod ſcilicet arbitrium iniquum corrigi debeat & reduci ad boni viri arbitrium.

Sed hanc reſponſionem dilucide refellit *l.24. D.locati.*in qua Paulus ICtus claris atque perſpicuis verbis docet, etiam in locatione arbitrium iniquum emendari & ad boni viri arbitrium reduci.

Quocirca rectius ſic reſponderi exiſtimo; arbitrio arbitri, à contrahentibus electi, omnimodo ſtandum eſſe, ſi æquũ ſit & arbitrio boni viri conſentaneum. Sic enim in *d.l. 30.de operis libert.* Celſus ſcribit, eam mentem eſſe perſonam arbitrio ſubſtituentium, quod ſperent eũ recte arbitraturum, non quia immodice obligari velint.

*Ad ſecundum ex d.l.78.D.pro ſocio.* petitũ reſpondetur, ea in lege non ſimpliciter affirmari,arbitrium boni viri ſequendum eſſe in contractu ſocietatis, ſed ideo ſequendum,quia ſit bonæ fidei: non igitur hoc vult ICtus quod in ſtrictis contractibus arbitrium boni viri non ſit ſequẽ-

dum, ſed quod magis in bonæ fidei iudiciis (vt in quibus bona fides exuberet & maximè ſpectetur *l.5.C. de reſcind. vendit.*) ac fortiori ratione arbitrium ſit moderandum ac corrigendum.

*Ad Quintum* reſpondetur in *l.27.§. 2. ff. de recept.arbitr.* agi de arbitrio arbitri cōpromiſſarii, cuius arbitrium non redigitur ad arbitrium boni viri, quia hoc animo acceditur vt ſua ſententia finem controuerſiæ imponat & vt à controverſia diſcedatur. Iam vero ſi permitteretur alterutri litigantium arbitrium iniquum dicere, nunquam finis imponeretur controuerſiis.

Et hoc eſt quod proculus in *d.l. 76. ff. pro ſocio* ſcribit: arbitrorum eſſe duo genera; vnum eiuſmodi vt ſiue æquum, ſiue iniquum fuerit, ei parendum ſit; idque tunc obtineat quando ad arbitrium itum eſt: alterum vero eiuſmodi vt ad boni viri arbitrium redigi debeat, etſi nominatim perſona ſit comprehenſa, cuius arbitratu fiat.

Ad ſextum reſpondetur: quando in arbitrium certæ alicuius perſonæ conditio contractus confertur, non ſimpliciter eligi perſonam Titii, ſed tanquam boni viri qui æquum ſit arbitraturus *d.l. 30. ff. de oper. libert. d.l.76. in fine. ff. pro ſocio.* proinde conditionem contractus non extitiſſe, ſi ille fuerit arbitratus aliter quam vir bonus arbitraretur.

*Ad ſeptimum* & *vltimum* reſpondendū eſt, argumentum iſtud à diſparibus procedere, ac proinde nihil omnino concludere: nam Titio nihil arbitrante, actum hoc eſt, ne obligatio contrahatur: Titio autem arbitrante, actum eſt vt ſtipulatio valeat, ſed ad boni viri arbitrium redigatur, vtrumque vero eandem habet rationem, hanc videlicet quod hæc ſit contrahentium cogitatio & voluntas, ne reus vel promiſſor immodice obligetur. Eo autem non arbitrante, ſi boni viri arbitrium non accipitur, plane non obligatur: eo vero arbitrante, ſi boni viri arbitrium adhibemus, non obligatur immodice *d.l.30.*

Sequitur nunc vt altera quæſtione, ſupra propoſita diſpiciamus ac diſſeramus vtrum vt de licet contractus, præſertim bonæ fidei, corruat, ſi is in cuius arbitrium conditio contractus collata eſt, nō arbitretur? Qu. 42. *An ſi arbiter non arbitratur corruat bonæ fidei contractus?*

Equidem Iacob Cuiacius in *l.43. ff. de verbor. obligat.* ſtatuit, in hoc caſu bonæ fidei contractum non protinus eſſe nullum, etiamſi is, qui electus eſt, non fuerit arbitratus: ſed arbitrium illud cenſeri electum, quod boni viri eſt.

1. Pro qua ſententia facit' primo, quod Vlpianus ſcribit in *l.22.§.1. ff de reg. iur.* generaliter probandum eſſe, vbicunque in bonæ fidei iudiciis confertur in arbitriū domini vel procuratoris eius conditio pro boni viri arbitrio haberi oportere.

2. In *l.3. Cod. de dot. promiſſ.* Gordianus ſcribit: *Si is, cuius arbitrium electum eſt, non fuerit arbitratus, contractum non eſſe nullum, ſed boni viri arbitrium inſertum intelligi.*

3. Idemque confirmat. *l.7. ff. de contrahend. empt.* in qua idem Vlpianus, *Si is, qui arbitrari debuit, nec arbitratus fuerit, boni viri potius, quam illius arbitrium electum cenſeri ait, ac proinde contractum ſubſiſtere & conditionē emptionis pro completa haberi, ſic, vt exinde iudicio empti agi poſſit.*

4. Eodemque facere videtur quod in *l.78. D. pro ſocio.* dicitur, arbitrium boni viri in contractu bonæ fidei ſequendum eſſe: cui conſequens eſt & hic perſonam Titii, non vt Titii, ſed vt boni viri electam eſſe.

5. Eademque ſententia in *l.1. D. de legat.4. & l.6. D. de condit. & demonſtrat.* ſatis perſpicue confirmatur.

Sed tamen contrariam ſententiam defendunt ac tuentur Donellus Duarenus & Giphanius ad *l.43. D. de verb. obligat.*

Petr,

Petr. Faber. in *l. 22. D. de reg. iur.* Hotomann. *5. obſeruat. 21.* Gœdd. *de contrahend. & commit. ſtipulat. c. 8. n.* 171. *& ſequent.* hiſce moti rationibus.

*1.* Iuſtin. Imperator in *§. 1. l. de contrahend. empt.* expreſſe ſancit, vt ſi ille, qui arbiter nominatus eſt, vel noluerit, vel non potuerit precium definire, tunc pro nihilo ſit venditio, quaſi nullo precio ſtatuto.

2. Id quod idem Imperator in *l. final. C. de contrahend. empt.* totidem verbis inculcat *in verſic. ſin autem vel ipſe.*

3. Idem plane probat *l. 75 D. pro ſocio* in qua ita Celſus; *Si coita ſit ſocietas ex his partibus, Titius arbitraturus fuerit, ſi Titius antequam arbitraretur, deceſſerit, nihil agitur. Nam id ipſum actum eſt, ne aliter ſit ſocietas, quam ſi Titius arbitratus ſit.*

*4.* Quin & Gaius *in l. 25. pr. D. locat.* id ipſum confirmat. *Sin autem,* inquiens, *ille vel noluerit vel non potuerit mercedem definire, tunc pro nihilo eſſe conductionem, quaſi nulla mercede conſtituta.*

*5.* His denique ſubſcribunt Vlpianus in *l. 43. &* Paulus in *l. 44. ff. de verbor. obligat.* His non aduerſantur prioris opinionis fundamenta: nam in *l. 22. §. 1. de reg. iur. l. 7. D. de contrahend. empt. l. 5. C. de dot. promiſſ.* conditio contractus in ipſorum contrahentium voluntatem & arbitrium eſt collata, non autem in voluntatem & arbitrium extranei: hoc autem caſu, quo in arbitrium contrahentis confertur cōditio contractus, ſi is non arbitratur, perinde habetur, ac ſi arbitratus eſſet & cōditio accidiſſet quia per ipſum ſtat, quo minus conditio contractus exiſtet: At quoties contrahens impedimento eſt, quominus conditio exiſtere poſſit, perinde habetur ac ſi extitiſſet. *l. 85. D. de verbor. obligat. l. 24. D. de condit. & demonſt.*

*Ad quartum reſp.* In *d. l. 7.* 8. cum dicitur arbitrium boni viri in contractu bonæ fidei ſequendum, id hoc modo accipiendum, ſi etiam is, cuius arbitrium electum eſt, arbitratus fuerit de quo etiam caſu aperte *d. l. 78.* loquitur: ſecus vero eſſe rem habere, ſi arbitratus non ſit & conditio defecerit: Et hæc reſponſio rationi ipſi & iuris principiis exacte conuenit: nam quoties deficit conditio contractus, toties etiam ipſe contractus deficit: iam vero ſi Titius, cuius arbitrium electum eſt, non arbitretur, conditio contractus deficit: igitur ipſum quoque contractum deficere & retro nullam eſſe, dicendum eſt.

Ad poſtremum Reſp. diuerſam eſſe rationem, quoad præſens negotium vltimarum voluntatum & contractuum: nam in contractibus, in quibus de vno aliquo obligando agitur hæc debitoris mens eſſe creditur, vt vltra quam verba contractus ſonant, nolit obligari: at nemo ſuum iactare præſumatur: Teſtator vero aliter affectus ſit, cum legando liberalitatem exerceat in eum, ad quem cupit beneficium ſuū peruenire, & id ſtatuit poſt quod aliud velle non poteſt: ideo credibile eſt cupere eum non ſolum vt voluntas ſua quacunque ratione exitum habeat, ſed etiam vt legatum quam pleniſſime accipiatur.

*Qu. 43. An probet inſtrumentum in quo quantitatis precii non eſt expreſſa mentio facta?*

Illud in hac theſi adhuc ventilandum ſupereſt, vtrum venditionis inſtrumentum, in quo precii mentio facta non eſt, vtile & idoneum ſit ad probandum emtionem?

Et placet Autori noſtro huiuſmodi inſtrumentum vim probandi non habere; idemque ſtatuit Andr. Gailius *2. obſeruat. 3.*

Fundamentum huius aſſertionis conſiſtit in eo quod precium numeratum eſſe conſiſtit in facto. Facta autem non præſumitur, ſed probari debent *cap. cum in iure. de offic. iudic. delegat. c. 1. de conſtit. in ſext. L. aſſeueratio. Codice de non numerata pecunia*: nec ad poſitionem vnius

facti

Digitized by Google

facti ſequitur propoſitio alterius facti. Quocirca etſi res vendita ſpecificetur ac deſignetur in inſtrumento; non tamen eo inferre licebit quod & precium certum interuenerit definitum.

2. Cum venditionis ſubſtantia conſiſtat ex re & precio §. *precium I. de empt. vend.* & absque certo precio venditio procedere nequeat *d. §. precium* . ideo niſi probetur precium certum ac definitum interueniſſe, non erit probata venditio.

3. Omnis probatio debet eſſe clara perſpicua & certa *c. in præſentia. de probat.* & probatio ex parte actoris neceſſario concludere debet *l. Matrem. Cod. de probat.* atqui cum in inſtrumento non ſit mentio precii eſt imperfecta narratio, cum, vt probatum eſt, in venditione precium debeat eſſe certum *d. §. precium & l. 2. D. de contrahend. empt.* ex qua imperfecta narratione probatio redditur dubia, obſcura & incerta proinde inſtrumētum huiuſmodi producentem non releuat, nec pro eo, emptionem contractam eſſe aſſerente, quicquam facit.

Et quanquam Andreas Fachin. 2. *controuerſ. 34.* ita hoc limitet vt locum non habeat quando inſtrumento dicitur rem certo precio fuiſſe venditam, licet ipſa quantitas precii non exprimatur, illudq; inſtrumentum in tali cauſa producitur in qua præciſe precii quantitate non diſputatur.

Sententia tamen iſthæc fundamentū in legibus non habet, vt ipſe Fachineus fateri cogitur, ſed nec ratione nititur, quia non ſufficit ad conſtitutionem emptionis interuenire precium, ſed omnino etiam requiritur vt certum & determinatum ſit precium & de eius quantitate exacte conſtet §. 1. *I. de empt.* niſi proinde conſtet precii, quod in emptore interueniſſe dicitur quantitas quænam fuerit non erit ſufficiens inſtrumentum ad emptionem probandam

## *RESOLVTIO THESIS Septima.*

Conſenſus qui ad emptionem-venditionem requiritur, debet eſſe præſens, directus: vnde ſi conſenſus in futurum dirigatur non eſt emptio, ſed nuda conuentio de emendo, ſiue de emptione-venditione ineunda: aliud quippe eſt emere vendere, aliud promittere ſeque promittendo obligare ad emendum vendendū: ſicut aliud eſt donare & aliud permittere donare; aliud donatio, & aliud pactum de donando. *Lit. A.* *Lit. B.*

Sed non ſufficit conſenſum eſſe præſentem, ſiue in præſens tempus directum, ſed requiritur inſuper vt ſit conſenſus liber; vi itaque & metu extortus conſenſus ad emptionem non ſufficit; ait enim prætor le pacta conuenta quæ vi aut metu extorta ſunt, non ſeruaturum *l. 7. §. ait prætor. 7. D. de pact.* Et quidem certum eſt atque indubitatum quod contractus eiusmodi non debeat obſeruari, cum nec boni mores id patiantur: ſed vtrum ipſo iure nullus ſit, an vero ſubſiſtat & poſtea remedio aliquo reſcindi debeat, controuerſum eſt? Et quidem Iohannes Robertus *lib. 5. animaduerſio. 3.* ſecutus Accurſium, Bartolum & Baldum contendit & ſerio ſtatuit contractum, cui vis & metus cauſam præbuit non eſſe ipſo iure nullum, ſed ſubſiſtere & poſtea in integrum reſtitutionis beneficio reſcindi: idque ipſum hiſce rationibus confirmare nituntur. *Qu. 44. An contractus vi aut metu extortus ſit ipso iure nullus?*

1. In *l. vlt. §. 1. D. quod met. cauſ.* Vlpianus ICtus ſatis clare ſignificat, contractū metu extortum à prætore reſcindi: verba textus ita habent: ſi iuſto metu perterritus cognitionem, ad quam, vt vinctus iret, potens aduerſarius minabatur, id quod habere licebat, compulſus vendidit, res ſuæ æquitati per præſidem prouinciæ reſtituitur.

2. Itemque Vlp. in *l. 9. §. volenti. 4. ff. eod.*

*eod.ti.*de eo, qui vi metuue ad contrahendum compulſus eſt, ita ſcribit: Volenti autem datur & in rem actio, & in perſonam, reſciſſa acceptilatione vel alia liberatione, quibus verbis ſignificet id, quod metu geſtum eſt, reſcindi: Cui conſequēs eſt, vt ſubſiſtat, quoniam omnis privatio habitum præſupponit.

3. In *l.1.C.de reſcindend. vendit.* dicitur, malæ fidei emptionem eſſe irritam: At irritum nihil fit, niſi quod prius fuit natum *arg.tot.tit.ff.de iniuſt. rupt.& irrit.facto teſtament.& tot.tit. Inſtit. quib. mod. teſtam. infirmant.*

4. Quin & Gordianus Imperator in *l.Non intereſt.5.C.de his quæ vi metuue contractum, vi metuue extortum reſcindi, adeoq, ab initio ſubſtitiſſe & valuiſſe, clare ſignificat.* Non intereſt, inquiens à quo vis adhibita ſit patri & patruo tuo, vtrum ab emptore, an vero, ſciente emptore, ab alio, vt vi metuue poſſeſſionem vendere cogerentur: Nam ſi adhibita vi compulſi ſunt poſſeſſiones ſuas, quæ maiore valebant, minimo diſtrahere, iurisdictionis tenore, vt id, quod improbe factum eſt, in priorem ſtatum reuoluatur, imperabunt.

5. Cui aſſertioni ſubſcribit etiam Conſtantinus Imperator in *l.penult.Cod.eod. per impreſſionem, inquit, quis aliquē metuens, ſaltem in mediocri officio, conſtitutum rei ſua in eadem prouincia vel loco, vbi tale officium peragit, ſub venditionis titulo fecerit ceſſionem: Et quod emptum fuit, reddatur & nihilominus etiam pecunia retineatur.*

Ceterum, hic non obſtantib. veriorem iudico contrariam opinionem, quam ēt defendunt & amplectuntur Donellus in *l.1.C.de reſcind.vendit.* Gœdd. *de contrahend. & committ.ſtipulat.c.3.l.156.& ſeqq.* Iacob. Cuiacius, in *Mercator. lib.3.cap.3.* Nititur autem rationibus & fundamentis ſubſequentibus.

1. Quotiens in contractu bonæ fidei ineundo aliquid interuenit quod bonæ fidei ſit contrarium, toties contractus ab initio nullus conſtituitur: Atqui vis & metus contraria ſunt bonæ fidei *l. 116.de Reg.Iur.* Igitur contractus bonæ fidei, metu aut vi extortus nullius eſt momenti.

2. Si dos metu promiſſa ſit, nullius momenti eſt dotis promiſſio *l.21.§ ſi dos. ff.quod met.cauſ.* Ergo ſi & alius bonæ fidei contractus metu ſit initus, nullius erit momenti.

Et quanquam Accurſius reſpondeat hoc plane ſingulare eſſe in dotis promiſſione, propterea quod dos maxime ſit fauorabilis *l.1.ff.ſolut.matrim.* Recte tamen Donellus regerit; Magnum errorem eſſe, ſi quis putet, dote metu promiſſa, promiſſionem nullius momenti eſſe ob id quod dos ſit fauorabilis: quia quo quicquam fauorabilius eſt, eo magis ſeruari oportet: Ac proinde dotis metu promiſſionē metu factam, nullam eſſe, non propter fauorem dotis, propter quē magis dotis promiſſio valere debeat, ſed quia dotis promiſſio bonæ ſit fidei: At nihil magis contrarium ſit bonę fidei, quam vis & metus.

3. Ex prædictis conſtare videtur contractum bonæ fidei ipſo iure non valere, ſi dolo malo fuerit extortus vbi aut venditor deceptus eſt vt venderet, aut emptor, vt emeret. *l.7.ff.de dolo.* Atqui emptio metu contracta, dolo quoque inita intelligitur, quoniam & metui dolus ineſt, & qui metum intulit, idem & de dolo tenetur *l.14.§ Eum qui.penult ff. quod met.cauſ.* proinde emptio & quilibet alius bonæ fidei contractus, metu extortus, ipſo iure non valet.

Quibus, ita conſideratis, non amplius difficilis erit ad contraria reſponſio. Quod enim in *d.l.final.§.1.* dicitur; Rem ſuæ æquitati per præſidem reſtitui, id nō euincit quod prætor contractum emptionis iure validum reſcindat: ſiquidem poſt Iacobum Cuiacium reſpondet

Gœdd. Rem ſuæ æquitati etiam tum per præſidem reſtitui,quando potenti denegit actionem propter rei vel negocii vtilitatem *l.qui proprio.§.qui alium.de proc.* Inſuper & tunc dicitur res à præſide ſuæ æquitati reſtitui, quando res ex contractu iſto iure nullo tradita reſtitui iubetur; adeoque contractus, quatenus de facto proceſſit,non quatenus iure valuit,reſoluitur.

*Ad ſecundum* reſpondet Cuiacius idem plane, quod ad præcedens modo reſponſum fuit.Et inſuper textus ille non loquitur expreſſe de metu cauſam dante contractui;ideo commode de metu incidente accipi poteſt ;imo debet, propter fundamenta ſuperius à nobis adducta.

*Ad Tertium* argumentum reſpondet Donellus, irritum eſſe & irritum fieri plane eſſe diuerſa: Illud quippe de iis prædicari quæ ab initio ſtatim nullius fuerunt momenti, poſt vero de illis ſaltem enunciari, quæ initio ſubſtiterunt & iure valuerunt, poſt vero reſciſſa & infirmata fuerunt. Proinde non ſequitur in *leg.* 1. *Codic. de reſcind. vendit.* irrita dicitur emtio-venditio metu extorta: Ergo valuit emtio & de iure ſubſiſtit.

*Ad Quartum* reſpondeo in *l.5.C.de his quæ vi metuſue.* non agi de dolo cauſam dante contractui, ſed de dolo duntaxat in contractum incidente, quia venditor non erat inductus ad prædia vendenda, ſed ad ea minimo vendenda, qua maiore valebant.

*Ad Quintum* quoque reſponſio expedita eſt: Nam *d.l.penult.C.eod.* plane impertinenter allegatur,vt quæ de maiorum magiſtratuum & iudicum, quibus in ea prouincia emtionis commercio interdicitur propter concuſſionem *l. 46.ff.de contrahend.empt.* ſic ipſo iure irritus,non ſolum ſi dolus ſit contractui cauſam dans,ſed etiam ſi dolus ſit in contractum incidens.

Quapropter circa propoſitam quæſtionem hoc modo ſtatuẽdum exiſtimo: Metum,qui cõtractui cauſam dedit,quique vi aut metu extortus eſt, & ſine quo alias deceptus & circumuentus non fuiſſet contractus efficere vt contractus bonæ fidei ipſo iure ſit nullus, nec indigeat reſciſſione: At metum, qui in contractum incidit & ſine quo nihilominus contracturus fuiſſet is qui paſſus eſt metum, non quidem ab initio ſeu ipſo iure nullum conſtituere contractum, ſed tamen locum facere reſciſſioni & hoc operari vt contractus reſcindatur.

Ad hæc conſenſus,qui ad emptionem venditionem requiritur verus debet eſſe & non ſimulatus :Imaginariam quippe emptionem nullius eſſe efficaciæ certum eſt:Aliud enim eſt emptionem contrahere;aliud ſimulari duntaxat emptionem venditionem contrahi. Duplici autem modo emptio,venditio imaginaria: vno, ſi quis vendat nullo penitus precio accedente, eoque pertinet *l. Imaginaria 16. ff.de Reg.Iur.*in qua ICtus ait:Immaginaria venditio non eſt precio accedente :Altero,cum quis vendit vno duntaxat nummo, quod precium imaginarium dicitur, vtroque vero caſu non verus, ſed imaginarius duntaxat & fictitius interuenit conſenſus : Cum vere non conſentiant contrahentes cum deeſt verum precium in quod conſentiant. *Lit.C. Qu. 45. An efficax ſit emptio ſimulata?*

Cæterum quotiens imaginaria venditio contrahitur, nulla exinde obligatio, nulla actio naſcitur, ſed huiuſmodi emtio pro nulla & penitus inefficaci habetur. Hinc Paulus *in l. 55.Digeſt. de contrahend. empt.* Nuda, inquit, imaginaria venditio pro non facta eſt , & ideo nec alienatio eius intelligitur.

Cuii

Digitized by Google

Cui aſtipulatur Modeſtinus in *leg. 45. Digeſt. de obligat. & Act.* Contractus, inquit, imaginarii etiam in emptionibus, iuris vinculum non obtinent, cum fides veri ſimulatur, non intercedente veritate.

3. Accedit quod precium ſit pars quædam emtionis ſubſtantialis *leg. 62. Digeſt. de contrahend. empt.* igitur deficiente precio ipſa quoque emtio deficere debeat.

4. Denique quod vnus nummus, qui precium fictitium & imaginarium dicitur, non ſit precium & ideo emptio, in qua vnus duntaxat nummus precii loco datur, perinde habeatur ac ſi precium plane nullum interueniſſet, probat *leg. 10. §. final. ff. de acquir. poſſeſſ.* vbi ICtus Vlpianus ita ſcribit: *Si quis & conduxerit precario vti poſſideret: ſiquidem nummo vno conduxit nulla eſt dubitatio quin ei precarium ſolum teneat, quia conductio nulla eſt, quæ eſt in vno nummo: Sin vero precio, tum diſtinguendum, quid prius factum eſt.*

Quibus verbis non ſolum diſerte negatur, vnico nummo contrahi emptionem poſſe, ſed etiam precio nummus vnicus opponitur; quæ oppoſitio delucide oſtendit, precium in vnico nummo conſiſtere non poſſe.

5. Adde quod Vlpianus ait in *leg. 46. ff. locati. Si quis conduxerit vno nummo, conductio nulla eſt, quia & hæc donationis inſtar eſt.*

6. Quod ipſum inſuper confirmat reſcriptum Dioclet. & Maximin. Imperatorum in *leg. 6. Codic. ſi cert. petat.* vbi ſcribunt, ſimulata pro infectis haberi.

Non obſtat his primo *l. 66. Digeſt. de iure dot.* in qua maritus, qui vſumfructum vxori donare non poterat, vnico nummo proponitur eum vxori vendidiſſe. Reſpondet enim ad hoc Duarenus, in propoſito caſu venditionem valere, non tanquam veram, ſed tanquam imaginariam, ſingulari neceſſitate & vtilitate hoc ita ſuadente.

Alij vero exiſtimant reſpondendum eſſe, etiamſi in contractibus imaginariis non valeat id, quod ſimulatur, emptio ſcilicet & locatio, valere tamen id, quod agitur id eſt donationem, quam quis in alium ſub ſpecie emptionis venditionis, vel locationis - conductionis contulit & hanc ſolutionem confirmat *l. 9. de contrahend. empt.* in qua emptione venditione, nullo interuenlente precio, facta, quamuis precij nomine nulla actio competat; adeoque emptio & actio empti - venditi deficiat; donatio tamen perfici dicitur.

Sunt denique qui reſpondeant emptionem imaginario precio, ſeu vnico nummo factam etſi non ſubſiſtat regulariter: Si tamen rerum expediendarum & negocii perficiendi cauſa interponatur, eam vim aliquam habere: Hinc olim hereditates imaginaria venditione vendebantur *§. 1. Inſtit. de teſtam. ordinand.* Indeque per imaginariam venditionem olim filius emancipabatur *§. præterea. Inſtit. quib. mod. ius patr. pot. ſoluit.* & alij actus, quo firmiores eſſent, imaginariæ venditionis interuentu, celebrari conſueuerunt.

Obiicitur ſecundo *l. 1. §. Diui fratres. ff. de quæſtionibus.* vbi Vlpianus ait: *Heredem imaginaria venditione in ſeruo quæſiſſe dominium*, id quod expreſſe contrariari videtur *dict. leg. 55. Digeſt. de contrahend. empt.* in qua Paulus ex venditione imaginaria nullam eſſe alienationem diſerte ſcribit.

Veruntamen nec hoc magnopere refragatur: Siquidem in *d. l. 1. §. 6.* dicitur imaginaria venditio non ob precium imaginarium, ſed propter cauſam emptionis fictam & imaginariam: Heres quippe ſeruum emerat iuſto precio quaſi

ipſe eo vſurus ſibique illum habiturus eſſet, eum reuera id ageret, quo per iſtam emptionem ſeruus quæſtioni ſubtraheretur atque ita rerum hereditariarum, forte fortaſſis ſubductarum probatio interuerteretur & euaneſceret: Sic enim in *l.10.C.de diſtract.pigno.* imaginaria procedit emptio non quæ imaginario precio, ſiue vno fiat nummo, ſed quæ fit per ſuppoſitam imaginarii emptoris perſonam, &, vt Impp. aiunt, ſub imagine alterius perſonæ, quæ ſingulari libertatis fauore quandoq; ſuſtinetur.

Non obſtat quod res quædam habeantur minimi valoris quæ vnico obulo vel nummulo emi & vendi ſoleant, atque ideo interdum emptio quoque recte fiat vnico interueniente oculo. Quod enim dicitur, emptionem vno nummo fieri non poſſe, id ita accipiendum eſt ſi inter nummum & rem in emptionem deductam, nulla penitus ſit proportio vt ſi magnificæ & ſplendidæ ædes vnico venderentur vel locarentur nummo; Alioquin ſi quædam inter rem venditam & nummum eſt proportio, dubium plane nullum eſt, quin hoc caſu valeat & ſubſiſtat emptio-venditio.

*Lit.D.* Qu. 46. *Ambigua venditio aduerſus quē ſit interpretāda?*

Poſtremo conſenſus ad emptionem venditionem requiſitus debet eſſe clarus atque perſpicuus: Quod ſi aliqua ei irrepſerit obſcuritas, ſiue ambiguitas aliqua inhæſerit contrahentium verbis contra venditorem regulariter fieri debet interpretatio, ſic vt ipſi obſcuritas & ambiguitas noceat, vt qui legem dixerit contractui & clariorem eam dicere potuerit.

Ita quippe Paulus ICtus in *l. in contrahenda.172.ff.de Reg.Iur.* *in contrahenda*, inquit, *venditione ambiguum pactum contra venditorem interpretandum eſt.* Ex quo ſequitur regulariter atque ordinarie obſcuræ & ambiguæ emptionis interpretationem contra venditorem & non contra emptorem fieri. 1. Quia in *tit. de* [illegible] *Iur.* ſub quo collocata eſt mo[illegible]ta *l.172.* proponuntur regulæ iuris, quibus quid ordinarie quidque regulariter obtineat, definitur. 2 Quia ratio nulla dari poteſt cur ICtus regulam de venditore potius, quam de emptore conceperit, ſi obſcura & ambigua emptionis conuentio æque aduerſus emptorem atque venditorem interpretanda eſt. Quanquam enim Petr. Fab. hanc adducat rationem quod plerunque à venditore pactum venditioni adiiciatur, raro autem ab emptore; ex hoc tamen ipſo liquet, obſcuritatem & ambiguitatem emptionis-venditionis regulariter venditori & non emptori nocere.

2. Idem probat etiam Papinianus in *l.veteribus.39.ff.de pact.* vbi *veteribus*, ait, *placuiſſe pactionem obſcuram vel ambiguam venditori & qui locauit nocere, in quorum poteſtate fuit legem apertius ſcribere.* Ex quo rurſus relucet quod regulariter & ordinarie venditor ſoleat legem dicere contractui quodque aduerſus eum facienda ſit legis obſcuræ interpretatio, vt cui imputari poſſit quod non apertius, non clarius eam legem dixerit protulerit.

3. Et Paulus in *l.21.ff. de contrahend. empt.* Labeonem ſcripſiſſe refert, obſcuritatem pacti nocere potius debere venditori, qui dixerit, quam emptori, quia, re integra, potuerit apertius dicere.

4. Accedit his quoque Pomponius in *l.33.ff.eod.titu.* Cum in lege venditionis ita ſcriptum ſit, flumina, ſtillicidia, vti nunc ſunt, vt ita ſint; nec additur quæ flumina aut ſtillicidia, primum ſpectari oportet, quid autem ſit, ſi id non apparet, tunc id accipitur quod venditori nocet: Ambigua enim oratio eſt.

5. Cur autem venditori potius, quam emptori ambigua pactio nocere debeat, eius hæ poſſunt aſſignari rationes. 1. Quod cum contractus atq; conuentio- [illegible]nem niſi vtriuſq; partis cōſenſu valeāt

*l. 1.*

Digitized by Google

*l.1.§.2.ff.de pact.*ideo venditor verba à ſe ꝓbata aliter interpretari non poſſit, quā emptor in ea conſenſerit: at in dubio cōſenſiſſe præſumatur in illud ſaltem, quod ſibi quam minimum nocere poſſit. 2. Quia aduerſus creditorem pro debitore ambiguā conuentionem interpretari oportet, non ſolum quia debitoris hæc ſemper inuectio fuiſſe præſumitur ne immodice obligetur *l.30.ff.de oper. libert.* ſed etiam quia in dubio ſemper liberationi magis, quam obligationi fauetur, atque proniores ad liberandum, quam ad obligandum eſſe ſolemus & debemus *l. 47. ff.de obligat.& act.* Denique quia, cum in poteſtate fuerit venditoris legem venditionis verbis apertioribus concipere, æquum eſt & naturalis ratio docet, ei obſcuritatem pacti nocere.

Qui à nobis diſſentiunt, imprimis nituntur *l.34.pr.ff.de contrahend.empt.* in qua Paulus haut obſcure oſtendit, pacti ambigui & obſcuri interpretationem aduerſus emptorem pro venditore faciendam: nam ibi dictum erat Stichum accedere fundo vendito nec dictum erat quinam ille eſſet Stichus, plures quippe habuerat venditor, & dicitur eum deberi Stichum, quem venditor intellexerit.

Iacobus Cuiacius reſpondet, mendum aliquod textui irrepſiſſe, eumque propterea hoc modo emendandum vt pro his verbis; *quem venditor intellexerit*, legatur, *quem emptor intellexerit*; Sed violenta eſt hæc & diuinatoria interpretatio.

Igitur ea reiecta, alii reſpondent, regulariter quidem aduerſus venditorem fieri interpretationem, cum is ordinarie atque plerumque pactum contractui adiiciat eidemque legem dicat, prout ex *l. veteribus.39 ff de pact.l.21.& 33 ff. de contrahend. empt.* ſatis conſtet. Aliquando tamen, ſed raro emptorem adiicere conditionem ac legem contractui, eoque caſu aduerſus eum, vt qui apertiorem legem contractui dicere potuerit, pactum obſcurum interpretandum eſſe: quapropter & in *d.l.34.*, obſcuritatem pacti nocere emptori, quia in eo caſu ipſe legem contractus obſcure conceperit.

Vdalricus Zaſius ad *l.38.§.10.ff. de verbor.obligat.* reſpondet, ſi vterque contrahens obſcure & confuſe pactum conceperit, ita vt iudex poſſit pro illo vel pro altero interpretari tunc fieri interpretationem contra eum oportere, qui conuentioni innititur, qui ſe in conuentione & lege contractus fundat; idq; ideo, quia is, qui ſuam intentionem fundat in verbis obſcuris, nihil habet quod probet, propter obſcuritatem ideo merito contra eum fieri interpretationem debere ait; atque huius regulæ, quod nempe ſi alterutra pars fundat intentionem ſuam in conuentione obſcura, tunc contra eā fiat interpretatio, omnium Dd. conſilia eſſe pleniſſima dicit: quapropter cum in caſu *d.l.34.* emptor principaliter egerit & ſuam intentionem fundarit in certum Stichum nec tamen probare potuerit ideo contra emptorem pro venditore interpretationem factam eſſe; ita Zaſius.

Mihi verior eſſe videtur communis interpretatio Dd. quam paulo ſupra retuli quod in caſu *d.l.34.* lex ab emptore fuerit emptioni adiecta vt qui Stichum accedere feudo empto voluerit.

Conſentire porro contrahentes oportet non ſolum in corpus ſiue in ſpeciem rei emptæ & venditæ, ſed etiam in eius materiam: quin & in pretium conuenire debent: vnde ſi vel circa corpus rei venditæ, vel circa eius materiam, vel denique circa pretium à contrahentibus erratum fuerit, emptio nullius eſt momenti. *Lit.E. & F.* Qu.47. *An error circa pretiũ vitiet contractũ emptionis venditionis?*

Et quod primo ad errorem, circa pretium commiſſum, attinet, quin ille emptionem vitiet, aut eam contrahi impediat, nulla dubitatio eſſe poteſt. Non ſo-



Digitized by Google

lum quia pretium pars contractus ſubſtantialis eſt & conſenſu contrahentium definitum, determinatum & certum effectum eſſe oportet; *§. 1. l. de contr. empt.* verum etiam quia de locationne conductione hoc diſerte ſcriptum eſt in *l. ſi decem 52. Digeſt. de locat.* vbi Pomponius; *Si decem*, inquit, *tibi locem fundum, tu autem exiſtimes quinque te conducere*; *nihil agitur*; Igitur ſi ego putaui me emere 5. Tu vero te vendere decem, nihil actum erit nec emptio contracta cenſebitur.

Sed huic tamen ſententiæ aduerſari videtur *l. 1. §. ſi ſtipulanti. Digeſt. de verbor. obligat.* vbi, ſi ſtipulator à te decem, tu quinque tantum ſpondeas placuit nihilominus ſtipulationem valere quinque.

Cæterum, quoad hoc, diuerſa eſt ratio ſtipulationis & emptionis venditionis: nam ſtipulator in quinque etiam conſentire intelligitur, quia pro iis quinque, quæ accipiet, nihil dabit & ideo intereſt eius quinque potius habere, quam nihil: in emptione contra, qui decem vendit, non conſentit in quinque ſola, contraria de cauſa, quia non intereſt eius in quinque ſola conſentire, propterea, quod pro eo pretio cogitur rem venditam tradere. Intereſt autem nunc non vendere & tradere pro quinq; ita ſtipulatio in quinque valet propter conſenſum; emptio non valet in quinq; propter diſſenſum.

Qu. 47. *An vitietur emptio vẽditio, errore circa rem venditam cõmiſſo?*

Quod de errore circa pretium iam dictum eſt, idem quoq; in errore circa rem venditam commiſſum, dicendum & ſtatuendum eſt.

Nam & res ſiue merx, quæ in emptionis venditionis contractum deducitur, pars ſubſtantialis eſt emptionis venditionis, vt ſupra ad theſin primam annotatum fuit.

2. Sed & hoc diſertis verbis expreſſum eſt in *l 9. Digeſt. de contrahend. empt.* vbi hoc modo Vlpianus ſcribit: *Inde quæritur, ſi in corpore non erratur, ſed in ſubſtantia error ſit vt puta ſi acetum pro vino veneat, æs pro auro, vel plumbum pro argento, vel quid aliud argento ſimile, an emptio & venditio ſit: Marcellus ſcribit l b. 6. Digeſt emptionem eſſe & venditionem, quia in corpus conſenſum eſt, etſi in materia ſit erratum: Ego in vino quidem conſentio quia eadem prope ſubſtantia eſt, ſi modo vinum acuit; cæterum ſi vinum non accuit, ſed ab initio acetum fuit, vt embamma, id eſt intinctus, aliud pro alio venisſe videtur, in cæteris autem nullam eſſe venditionem: puto, quotiens in materia erratur.*

3. Comprobat hoc ipſum etiam quod Paulus, ſcribit in *l. 83. § 1. ff. de verbor. obligat. Si Stichum ſtipulatus de alio ſentiam, tu de alio, nihil actum erit, quod & in iudiciis Ariſto exiſtimauit: ſed hic magis eſt vt is petitus videatur, de quo autor ſenſit: nam ſtipulatio ex vtriuſque conſenſu valet; iudicium autem etiam in inuitum redditur, & de autore potius credendum eſt, alioquin ſemper negabit reus ſe conſenſiſſe.*

4. Aſſentitur Paulus Venuleius in *l 137. §. 1. Dig. eod. tit. Si hominem*, inquiens, *ſtipulatus ſim & ego de alio ſenſerim, tu de alio, nihil actum erit. Nam ſtipulatio ex vtriuſq; conſenſu perficitur.*

Sed hic obiicitur *l. 34. Digeſt. de contrahend empt.* in qua Paulus ita ſcribit: *Si in emptione fundi dictum ſit, accedere Stichum ſeruum nec intelligatur quis è pluribus acceſſerit, cum de alio emptor, de alio venditor ſenſerit, nihilominus fundi venditionem valere conſtat: Sed Labeo ait eum Stichum deberi, quem venditor intellexerit:* Ecce hic in corpore & ſpecie rei venditæ erratum fuit: de alio quippe ſenſit venditor de alio emptor, & tamen venditionem valere dicitur, eumque Stichum deberi, quem venditor intellexerit.

Veruntamen obſeruandum, in caſu huius *l. 34.* Stichum, in quo erratum eſt, non principaliter venditum eſſe, ſed aliter rei principaliter venditæ, fundo videlicet, acceſſiſſe: proinde etſi in hoc ac-

ceſſorio

Digitized by Google

ceſſorio error fuerit commiſſus, eo tamen errore principalis obligatio non vitiatur, nec impeditur: quandoquidem cum acceſſorium vitiatur, non protenus vitiatur principale. Præterea in caſu *d. L. 34.* error non fuit commiſſus ſtatim ab initio, ſed poſt perfectam emptionem ex æquiuocatione vocis emerſit quædam ambiguitas, quæ aduerſus eum ſemper interpretanda eſt, qui potuit legem contractui apertiorem dicere: relinquitur proinde quod error circa corpus rei venditę omnino venditionem vitiet, eandemq; naſci ab initio ſtatim impediat.

Qu. 48. *An error circa materiã rei vitiet emptionem?* Idem, etſi conſentiatur in corpore, ſed erretur, ſeu diſſentiatur in materia eius corporis, ſeu in ſubſtantia eius rei: hæc enim duo pro eodem vſurpantur in *l. in venditionibus paragraph. inde Digeſt. de contrahend. emptione.* Veluti ſi vendam tibi poculum aureum, quod erat in præſentia noſtra idque erat æreum, emptio nulla eſt *d. l. 9. §. 2. ff. de contrahend. empt.*

Cui aduerſatur *l. ſi id quod aurum. ff. de verbor. obligat.* In qua Paulus: *ſi id quod aurum putabam, cum æs eſſet, ſtipulatus de te fuero teneberis mihi huius æris nomine, quoniam in corpore conſenſerimus.* Vult igitur Iuriſconſultus valere & ſubſiſtere ſtipulationem, quamuis circa materiam erratum ſit.

2. Idem probat *l. 1. §. 2. ff. de pignor. act.* cuius verba hæc ſunt: *Si quis tamen,* cum æs pignori daret, adfirmauit hoc aurum eſſe, & ita pignori dederit videndum erit, an æs pignori obligauerit, & num quid, quia in corpus conſenſum eſt, pignori eſſe videatur? quod magis eſt: ſufficit igitur quod contrahentes in corpus conſentiunt, etſi in materia diſſentiant.

Hugo Donel. ad hæc reſp. male emptionem comparari cum ſtipulatione, pignore, ac cæteris contractibus; nã in emptione & venditione, qui in materia errat non conſentit vllo modo in emptionẽ, neque in corpus, q̃ venditur, quia intereſt emptoris non dare pretium idem pro ære, quod pro auro dare debuit: at in ſtipulatione ſtipulator pro corpore æreo nihil dat, ideo in id quoque corpus conſentire intelligitur, ex eo, quod intereſt eius potius aliquod corp⁹ habere, quam nullum. Idemque eſt in re pignori data: nam etſi res pignori tantum detur creditori: tamen creditor pro ære nihil præſtat; ideo id quoque intereſt eius, potius aliquod pignus habere in corpore æreo, quam nullum.

Sed hæc conciliatio diſplicet Iohanni Goedd. *in tractat. de contrahend. & commit. ſtipul. c. 3. n. 28.* Tũ quia ſtipulatio, etſi per ſe ſit contractus lucratiuus, nec oneris quid contineat; non raro tamen, ſed plerunque ex cauſa oneroſa, veluti ex cauſa dotis, tranſactionis permutationis &c. fiat. *Tum* etiam quia interſit vtique in pignore, aurum potius quam æs pignoratũ eſſe, quoniam pignus contrahatur ſecuritatis cauſa, vt nempe creditor de ſuo credito eo ſecurior ſit §. *fin. I. quib. mod. re contrahat. oblig.* ſecurior autem reddatur de ſuo credito recipiendo creditor, quando aurum ei oppignoratur, quam cum ei pignori obligatur æs.

Franciſcus Duarenus ad *l. 22. Digeſt. de verbor. obligat.* ideo ait materiæ rationem potius in emptione venditione, quam in ſtipulatione haberi debere, quia emptio-venditio ſit bonæ fidei contractus: ſtipulatio vero ſit ſtricti iuris, in qua tanta æquitatis & bonæ fidei ratio non attenditur.

Veruntamen & hæc ratio non omnibus placet: ſiquidem & pignoris contractus bonæ fidei eſt. §. *actionum. I. de actionib.* Et tamen error circa materiam contractum iſtum non vitiat *d. l. 1. §. 2. ff. de pignor act.*

Iohannes Goedd. in loco ſupra citato ait,

air,ex fine & vſu vtriuſque contractus rationem eliciendam eſſe : videndum enim an in negotio aliquo, quod contrahitur,non ſolum ſpectetur corpus & quod in manu pretio eſt, verum etiam quod eſt in materia arg.*l.13.§ 1.l.14.de verb. ſignificat.* Atqui emptionis hęc natura eſt, hæc finis & vſus emptionis vt pretium ſit æquivalens corpori, quod venditur §. *1. & 2.l.de empt.vendit.l.pretia rer. ff. ad l. Falcid.* vt autem æquiualens ſit, non ad ſolum manus pretium hoc eſt ad ſolius formę,quæ tale corpus,puta ſcyphus,vel menſa,aut pictura illud eſt, quod eſt, æſtimationem refertur,ſed etiam ſimul ad naturæ bonitatem. Secus vero rem fere in ſtipulatione habere, cuius hæc ſit natura vt tantum de eo cenſeatur facta, quod expreſſum eſt, aut expreſſo continetur *l. quicquid. ff. de verbor. oblig.* exprimi autem ſolum corpus, non etiam corporis materiam; ſolam maſſam illam, non maſſæ materiam.

Sed nec hæc conciliatio ſatis tuta eſſe videtur quoniam ſi procederet quando in materia commiſſus eſt error ratio nulla dari poſſet,cur non etiam tunc locum haberet quando error circa qualitatem rei venditæ accidit;vt quanto aurum deterius pro puro auro eſt venditum, quia nec hoc caſu valor & dignitas rei venditæ pretio reſpondet;& tamen valere emptionem nec eam errore qualitatis vitiari, expreſſe reſpondit Paulus *in l. 10. ff. de contrahend.empt.* Iacobus Cuiacius in *l.22. ff.de verbor. obligat.* hanc diuerſitatis rationem tractat quod in ſtipulatione interſit ſtipulatoris, in pignore creditoris, in commodato commodatoris,in depoſito deponentis & ita deinceps vt potius aliquid actum ſit,quam nihil: Secus in emptione & venditione;cum potius interſit emptoris nihil actum eſſe, ne ſi quid actum diceretur, cogatur emptor auri pretium pro ære numerare.

Cæterum nec hæc ratio ſuſtineri poteſt quoniam eadem in permutatione, tranſactione & omnibus cæteris contractibus æquè obtineret, quos tamen errore materiæ non vitiari, ſtatuit ipſe Cuiacius.

Æmyl. Ferret. ad *l. 22. ff. de verb. ſignificat.* reſpondet,errorem in materia vitiare contractum cuiuſcunque tandem ſit generis,ſiue bonæ fidei ſit,ſiue ſtricti iuris, ſiue lucratiuus ſit,ſiue oneroſus : nec de ſtipulatione contrarium adſtrui in *d.l. 22.* cum non ibi dicatur ſtipulationem valere, ſed aſſeratur duntaxat, promiſſorem teneri nomine æris, hoc eſt propter æs, ad hoc nempe vt promiſſor præſtet ſtipulatori quanti eius intereſt vas æreum pro aureo non eſſe præſtitum. Sic enim, quamuis emptio non valeat cum error in materia eſt commiſſus *dict. l.9.ff.de contrahend. empt.* tamen venditor tenetur ad id quod intereſt emptoris pro auro æs venditum non fuiſſe *l.ſi ſterilis. §. quamuis. ff. de act. empt.* Et hæc conciliatio fortaſſis ſuſtineri & defendi poteſt. Qu. 49.

*An error qualitatis vitiet emptionem?*

Errorem porro qualitatis non vitiare emptionem, diſerte ſcribit Paulus in *l.10. ff. de contrahend. empt. Aliter* inquiens *atque ſi aurum fuerit, ſed deterius quam emptor exiſtimaret : tunc enim emptio valet.*

2. Id quod vſque adeo verum eſt, vt ſi multo plus ſit æris, quam auri, tamen emptio valeat in re pro aurea vendita, ſi modo res aliquid auri admixtum habet. *Quid tamen,* inquit Vlpianus, *dicemus, ſi in materia & qualitate ambo errarent: vtputa ſi & ego me vendere aurum putarem & tu emere,cum æs eſſet;vtputa coheredes viriolam, quæ aurea dicebatur, pretio exquiſito vni heredi vendidiſſent, eaque inuenta eſſet magna ex parte ærea? venditionem eſſe conſtat ideo, quia auri aliquid habuit : nam ſi inauratum aliquid ſit,licet ego aureum putem, valet venditio.*

3. Et ratio etiam hoc ipſum manifeſta confirmat, quod nempe qualitas rei ad ſubſtantiam contractus emptionis

non

Digitized by Google

non ſpectet, & ideo conſenſus integer & perfectus reputetur, quamuis, quoad externam rei venditæ qualitatem, error ſit commiſſus.

Non aduerſatur *l. Cum ab eo 41. ff. de contrahend. empt.* cuius hæc ſunt verba: *Menſam argento coopertam mihi ignoranti pro ſolida vendidiſti imprudens, nulla eſt emptio pecuniaque eo nomine data, condicetur.*

Donellus enim reſpondet in caſu *d. l. 41.* menſam eſſe venditam: Menſam vero nihil habuiſſe admixtum auri; quod ſi habuiſſet auri quippiam admixtum, emptionem valituram fuiſſe *d. l. quid tamen. 14.* Et quanquam eius operimentum aureum fuerit; illud tamen non eſſe menſæ partem, quia, operimento detracto, menſa nihilominus manſura eſſet: Et quamuis pars eius ſtatueretur operimentum, non tamen dici poſſe partem menſæ indiuiſam & quæ non recte ſeparari poſſit, cum placuerit. Donellus ad *l. 22. ff. de verbor. obligat. & ad l. 2. C. de contr. empt.* Cuiac. *2. obſeruat. 4.* Mudæus ad *l. 9. ff. de contrahend. empt.* Gœdd. *in tractat. de contrahend. & committ. ſtipulat. c. 3. n. 46.* Henricus Salmuth. *in comment. in Panci-rol. lib. 1. rubr. de Aurichalco. pag. 43.*

Non obſtat quoque *l. Labeo. 45. in fine. ff. de contrahend. empt.* in cuius fine Marcianus hoc modo ſcribit: Quemadmodum ſi vas aurichalcum pro auro vendidiſſet ignorans, tenetur vt aurum, quod vendidit præſtet: In qualitate hic erratum eſſe aiunt, quia aurichalcum nihil ſit aliud, quam aurum impurum, ſiue eiuſmodi aurum, cui æs ſit admixtum & tamen quod emptio non valeat videntur euincere verba finalia, quibus dicitur aurum eſſe præſtandum, quod venditum fuit, At ſi ſubſiſteret emptio, nec attenderetur hic qualitatis error, aurichalcum pro auro venditum præſtandum foret.

Etenim Iohannes Robertus *1. animaduerſionum 4.* aurichalcum, cuius meminit iſta *l. 45* interpretatur de auro coronario quod orichalcum dicatur, quia ex montibus plerunque eruatur. Sed refutat hoc Gœdd. quia obſtaret *l. 9. §. 1. D. eod.* vbi oſtenditur aliá eſſe materiam æris & aliam auri; idque ex vtriusque perfectione in ſuo genere.

Ipſe igitur Gœddeus *d. l. 45.* interpretatur de auro impuro, cui admixtum & aliquid æris, hoc vero aurum impurum, ſiue orichalcum ait præſtandum eſſe, quia emptio in eo valeat, cum in qualitate duntaxat erratum fuerit, iuxta *d. l. 10. ff. eod. tit.* Adeoque per aurum, quod Marcianus præſtandum dicit, intelligit Gœddeus aurichalcum, quod pro auro venditum eſſe prius proponatur.

Hæc reſponſio, etſi à vero non plane abhorrere videatur, quia tamen ex Plinio & aliis probatis ſcriptoribus conſtat, quod aurichalcum non fuerit aurum impurum cui æs admixtum habuerit, ſed fuerit æs mentoſum, in quod Cadmea terra adiiciebatur & huiuſmodi æs quod auri quidem colorem & ſplendorem habuerit, ſed ab auro ſpecie fuerit diuerſum, teſte etiam Guidone Pancirollo *lib. 1 rerum deperditarum*; idcirco probabilior videtur reſponſio quod in *d. l. 45.* non valeat emptio in aurichalco, ſed pro eo aurum ſit præſtandum quia in materia & non in ſola qualitate commiſſus fuerit error.

Non aduerſatur denique, quod admiſſa hac opinione, quod nempe error in qualitate emptionem non vitiet, magno damno afficeretur is, qui æs ꝓ auro emit, ſi maius preciũ, q̃ debuiſſet dederit; Et è contra alter locupletior effectus fuerit cum huius iactura & detrimento contra æquitatem naturalem *l. 206. de Reg. Iur.*

Etenim etſi valeat emptio quando circa rei venditæ qualitatem erratum eſt, non tamen propterea vllus contrahentium damnum incurret: Nam qui rem viliorem pro precioſiore emit actionem aduerſus venditorem habet ad id, quod

ſua intereſt, deceptum ſe non fuiſſe: ita Paulus: *Quamuis ſupra diximus, cum in corpore conſentiamus, de qualitate autem diſſentiamus, emptionem eſſe, tamen venditor teneri debet, quanti intereſt, non eſſe deceptum, etſi venditor quoque neſcit, veluti ſi menſas quaſi citreas emat, quæ non ſunt in l. 21. §. 2. ff. de act. empt.*

Non equidem me latet, Iacobum Cuiacium textum hunc emendare & pro emptionem eſſe, legere emptionem non eſſe atq; voculam *qualitatis* de materia interpretari ita vt in hac *l. 21. §. 2.* proponatur & tractetur caſus quo error in qualitate admiſſus fuerit: 1. Quia alias fieret ſtulta, & inepta legis ſententia; perinde enim foret atque ſi Paulus dixiſſet, Licet emptio valeat cum erratum eſt in qualitate rei; tamen ex empto eſt actio inepta & ſtulta, ideo hæc eſſet oratio quia indubitatum & luce meridiana clarius eſt, quod emptio ſi vtilis eſt vtilitatem proferat, effectum producat & actionem pariat. 2 Quia non eſt infrequens vt licet emtio nulla ſit, actio tamen ex empto competat, vt teſtatur emtio rei ſacræ, publicæ & conſimilium aliarum rerum *l. 4. l. 5. l. 6. l. 73. ff. de contrahend. empt. §. fin. I. de empt.* 3. Quia Paulus in *d. §. 2.* ait, quamuis ſupra diximus: Atqui ſupra, Paulus non dixerat emptionem non eſſe, non vero emptionem eſſe, videlicet in *l. 9. & l. 14 ff. de contrahend. empt.*

Cæterum hæc correctio locum habere non poteſt, quia non ſolum violenta eſt hæc interpretatio, ſed etiam quia qualitatis nomen pro materia neque apud Philoſophos neque apud I Ctos vſurpatum reperitur; Quinimo qualitas à materia accuratiſſime diſcernitur in *l. 9. & 10. l. 45. ff. de contrahend. empt.*

Nec fundamenta Cuiacii magnopere vrgent: Non enim rarum eſt, inquit Goeddæus, vt emptio valeat, actio tamen detur, non quidem de illa ipſa re ſoluta aut oblata, ſed de eo quod intereſt in re circumſcriptum & læſum non eſſe, exemplum huius extat in *l. 22. ff. de verbor. obligat.* Sic etiam ſecundum non obſtat: Nam falſiſſimum eſt quod actio ex empto competat vbi emptio plane non valet: Actio enim empti eſt effectus emptionis, vnde & ex empto dicitur actio, effectus autem omnis præſupponit cauſam, emptionem videlicet, Nec adducta exempla quicquam ad rem faciunt: quandoquidem rerum ſacrarum, publicarum & conſimilium emptio non eſt ſimpliciter nulla, vt ſupra ad *theſin. 4. & 5.* demonſtratum fuit.

Ad poſtremum Cuiacii argumentum reſpondeo, ICtum in *d. l. 21.* non ſeſe referre ad *l. 9. & l. 14. ff. de contrahen. empt.* ſed ad *l. 10. eod. tit.* vbi dixerat, emptionem valere ſi deterius aurum fuerit venditum, quam emptor exiſtimarat: Hoc igitur in *d. l. 21. §. 2.* ita interpretatur vt valeat quidem emptio, ſed tamen indemnis præſtetur emptor, data ipſi actione ex empto qua agat, ad id quod ſua intereſt deterius aurum ſibi venditum ſeque deceptum non eſſe.

Huc poſſe referri quæſtionem iſtam ait Treutler. noſter, an & intra quod tempus per partes fieri debeat menſura fundi venditi? Qu. 59. *An & intra quod tēpus rei vēdita debeat fieri menſura?*

Circa quam quæſtionem Interpp. noſtri varie diſtinguūt: Alios enim, ſcribit Teſſaurus, ſtatuere menſuram fieri debere intra 60. dies; ita vt illis elapſis, non poſſit emptor vel venditor poſt rem traditam compellere emptorem vel venditorem ad menſurandum: Et hanc ſuam ſententiam probare conantur per textū in *l. quod ſi nolit. §. ſi quid ita. ff. de ædilit. edict.*

Alios vero dicit menſurationem fieri debere intra annum *l. qui ſe grauat. C. de cenſit. & cenſitor.*

Ipſe vero Theſſaurus, referente hic Authore noſtro, in eam procliuis eſt opinio-

opinionem, quod hoc modo ſit circa propoſitam quæſtionem diſtinguendum: vt ſi venditio facta fuerit ad corpus, tunc non ſit facienda aliqua amplius menſura: ſin vero vendita ſit ad menſuram, tunc intra 60. dies menſura fieri debeat, niſi altera pars fuerit in mora *d.l.quod ſi nolit.§.ſi quid ita.* Circa hoc vero poſterius membrum propoſitæ diſtinctionis rurſus ſubdiſtinguendum arbitratur, vt ſi dictum fuerit quodnam prædium debeat menſurari, tunc talis menſura fieri debeat intra annum niſi & tunc alterutra partium fuerit in mora. In odium quippe moroſi non concurrit tempus: Si autem additum fuerit vt talis menſura fiat ad quamcunque patis requiſitionem & quandocunque tunc requirantur ad præſcriptionem 30 anni.

Excipitur tamen ille caſus, quo res illa peruenerit ad tertium bonæ fidei poſſeſſorem, qui per decem aut viginti annos cum titulo poſſederit, quia tunc non poſſet venditio interpellare eum ad menſuram, cum ſit præſcriptum rei ipſi & conſequenter illi acceſſorio menſuræ: neque ipſe emptor poſſet interpellare venditorem ad menſurationem, tum propter ipſius negligentiam, cum veriſimiliter ille magis ſcire deberet menſuram rei venditæ, tum et vt ſeruetur æqualitas, ne plus vni parti liceat, quam alteri per *reg. quod quiſque iuris in alterum ſtatuerit vt quoque eodem iure vtatur.*

## RESOLVTIO THESIS *Octaua.*

Lit. A. Cum porro contractus emptionis venditionis mutuo, eoque ſolo perficiatur conſenſu *tot. tit. I. de obligat. quæ ex conſenſu.* ſequitur vt ſolo etiam & nudo vtriuſque conſenſu rurſus diſſoluatur; Id quod non ſolum apertis iuris textibus comprobatur *L.1.& 2.C. quand. lic. ab empt. reced. l.2. & 3.ff. de reſcindend. vendit* verum etiam hac confirmatur regula iuris, in ratione naturali expreſſe fundata; quod nempe ſecundum naturam ſit vt quo quid contrahitur, eo etiam diſſoluatur §.1.I. *quib. mod. obligat. ſolu. l. Nihil tam naturale ff. de Reg. Iur.* vnius ſane voluntate & conſenſu emptio non diſſoluitur; *Tum* quia contractus hic, vt & cæteri fere omnes, ab initio ſunt voluntatis, ex poſt facto autem fiunt neceſſitatis *l.ſicut.C. de obligat. & Act. Tum* quia ſtatim, quam primum contractus emptionis perfectus eſt vterque contrahentium obligatur & ad complendum contractum vinculum neceſſitatis ei iniicitur *pr.I. de obligat.* proinde ſuo arbitrio à contractu recedere ipſi integrum non erit. *Tum deniq;* quia ex contractu perfecto ius contrahenti ſtatim acquiritur, quod ipſi aliter, cum quo contraxit, auferre non poteſt *L.11.ff. de reg. iur.*

Sed quid ſi arrhæ fuerint datæ, anne ſi ille, qui dedit arrhas, amiſſione arrharum vel qui accepit arrhas ſolutione & præſtatione dupli recedere velit, hoc ipſi integrum erit? *Lit. B. Qu. 51. An ſub amiſſione arrharũ liceat à contractu emptionis recedere?*

Affirmat noſter Author, ſecutus Sichardum ad *L.17.C. de fide inſtrum.* & communiter Interpretes. Sed Weſenbecii ſententia & opinio mihi longe verius eſſe videtur.

1. Quia, cum emtio-venditio, nudo conſenſu perfecta, pœnitentia alterutrius contrahentium non annihiletur, niſi ſimul id, quod intereſt, præſtetur. *l.1.ff. de act. empt. leg. ſi traditio. Cod. eod. L. ſicut. C. de obligat. & act.* conſequens eſt, quod à contractu emptionis venditionis multo minus recedere liceat quando arrhæ ſunt datæ, vt quæ ad confirmandum contractum magiſque roborandum comparatæ ſint, eoque ſpectent, vt per eas contrahens eo fortius obligetur ad implendum contractum. Et profecto perabſurdum foret, illud ipſum, quod ad actus alicu-



Digitized by Google

ius confirmationem inuentum & comparatum eſt, ad infirmationem eius conuerti.

2. Accedit quod acceſſionis non poſſit hæc eſſe vis, vt efficiat, quominus firmiter obligatio, cui acceſſit, obſtringat, & quo facilius à contractu diſcedi queat *l.4.§.4.ff.de re iudic.* Iam vero arrhas eſſe obligationis atque contractus emptionis venditionis acceſſionem, conſtat: Igitur eius efficaciæ non erunt vt emptio eo minus firmiter obliget, & ab ipſa eo facilius diſcedi queat.

3. Et huc etiam referri debet *l.6. Cod. de reſcind.vendit.* in qua Impp. ita reſcribunt: *Non eſt probabilis cauſa propter quam reſcindi conſenſu factam venditionem deſideras: Quamuis enim duplum offeras precium emptori, tamen inuitus ad reſcindendam venditionem vrgeri non debet.* Quod ſi itaque venditor non poteſt, inuito emptore, ab emptione præſtatione dupli recedere, nõ ſane permittetur emptori ſub amiſſione arrharum à contractu emptionis reſilire *arg.princ.ver.ita tamen.I.de empt.*

Non mouet in contrarium primo *l.17.verſic. illud.C.de fide inſtrum.* vbi Iuſtin. in hæc verba ſcribit: *Illud etiam adiicientes, vt in poſterum, ſi quæ arrhæ ſuper facienda emptione cuiuſcunque rei datæ ſint, ſiue in ſcriptis, ſiue ſine ſcriptis, licet non ſit ſpecialiter adiectum quid ſuper iiſdem arrhis, non procedente contractu, fieri oporteat: Tamen qui vendere pollicitus eſt, venditionem recuſans, in duplum eas reddere cogatur, & qui emere pactus eſt, ab emptione recedens, datis à ſe arrhis cadat, repetitione earum deneganda.* Eiuſdem quoque ſententiæ eſt *pr.Inſt.de empt. vendit.* vbi idem Iuſtinianus: *Donec enim aliquid deeſt ex his, & pœnitentiæ locus eſt & poteſt emptor & venditor ſine pœna ab emptione venditione recedere; ita autem impune eis recedere concedimus, niſi iam arrharum nomine aliquid datum fuerit; Hoc enim ſubſecuto, ſiue in ſcriptis, ſiue ſine ſcriptis venditio celebrata ſit, is qui recuſat adimplere contractum, ſiquidẽ eſt emptor, perdit, quod dedit, ſi vero venditor, duplum reſtituere compellitur, licet ſuper arrhis nihil expreſſum eſt.*

E quibus duobus locis colligunt & inferunt diſſentientes, quod à perfecto etiam contractu ſub amiſſione arrharũ, vel præſtatione dupli recedere à contractu emptionis venditionis liceat, quamuis contractus fuerit perfectus.

Sed ad hoſce textus bene Weſenbecius reſpondet quem & Antonius Faber in *Error. pragm.* ſequitur, eos videlicet non eſſe intelligendos de emptione iam perfecta, ſed de emptione demum perficienda; id quod de *dict.l.17.* planum & perſpicuum eſt, loquitur enim expreſſe de emptione FACIENDA, item de contractu non PROCEDENTE; item de eo, qui vendere POLLICITVS eſt, & denique de eo, qui EMERE PACTVS eſt. Quæ omnia atque ſingula perſpicue demonſtrant, in ea lege 17. de illis tractari arrhis, quæ pro emptione nondum perfecta datæ fuerint.

Quin etiam in *dict. princip. verſic. donec.* expreſſe Imperator loquitur de ea emptione venditione, cui aliquid adhuc deeſt, & ab hac recedere licere aſſerit, ſi contrahens arrhas amittere aut duplum præſtare velit. Illi autem emptioni-venditioni adhuc aliquid deeſſe dicitur, quæ perfecta non eſt, perfectæ quippe nihil deeſſe poteſt.

Nec huic reſiſtit quod ab initio Iuſtinianus de perfecta emptione expreſſe differit, atque *in verſic. hoc enim ſubſecuto* de VENDITIONE CELEBRATA loquitur.

Quanquam enim Imperator initio illius textus ſermonem inſtituat de perfecta & celebrata venditione: Tamen in ſubſequenti *verſi. donec.* non poteſt particula Celebrata de emptione omnimodo perfecta omnibuſque numeris abſolu a accipi: ſed neceſſario, poſtulantibus

tibus hoc verbis textus, de imperfecta emptione intelligi debet.

Nõ refragatur inſuper huic, quod emptioni nondum perfecta fruſtra & inutiliter arrhæ accedant, cum, dicente Iuſtiniano, arrhæ ſint argumentum emptionis perfectæ *d.pr.I.de empt.vendit.*

Reſp. Nam arrhæ vtiliter adiici poſſunt contractui nondum perfecto, vt qui arrhas acceperit contractum perficere cogatur, ſic vt qui emere pollicitus eſt arrhaſque dedit, cogatur emere & emptionis venditionis contractum perficere, nec pœnitere poſſit, niſi arrhas, quas dedit, amittere velit.

Quando igitur arrhæ accedunt contractui perfecto, arguũt contractum eſſe perfectum, ſiue ſunt argumentum contractus perfecti: ſin vero contractui nondum perfecto, argumentum ſunt contractus perficiendi. Denique arrhæ, nondum perfecta emptione datæ argumentum ſunt venditionis contrahendæ, non contractæ, & ſignum ſunt conuentionis de vendendo vel de emendo, initæ.

Qu. 25. *An datio arrharũ ſit contractus?* Illud etiam dubium eſt, anne arrharũ datio ſit contractus, an vero non? Etenim Martinus Gloſſator aſſeruit arrhas non eſſe contractum, ſed contractus dũtaxat acceſſionem, idque propterea quod datio arrharum nunquam per ſe ſubſiſtat, ſed inſtar pignoris ſemper aliis contractibus accedat *l.vnic. C.ſi rector prouinc.* Acceſſio autem contractus nõ poſſit dici contractus, cum acceſſorium & principale ſemper debeant eſſe diuerſa.

Verum Iohannes Sichardus, Gloſſam ſecutus, ſtatuit, dationem arrharum etiam per ſe eſſe contractum, & non duntaxat contractus acceſſionem; idque hac ratione euincere conatur, quod, cum datio arrharum efficiat vt res ſemper ſit integra & partes poſſint reſilire à contractu, adeoque contractus, cui arrhæ accedunt, nondum ſit perfectus, ſequatur exinde, eam arrharum dationem eſſe à contractu quippiam diuerſum & per ſe contractum eſſe.

Ego, etſi Martini ſententiam omnino falſam; Sichardi contra opinionem veram eſſe iudicem, ratio tamen, qua vtitur Sichardus nec veram, nec ſufficientem eſſe iudico; nam, quod ait, arrhas pertinere eo vt liceat contrahentibus à contractu reſilire, id falſum eſſe proximè oſtendimus: deinde non ſequitur; contractus, cui arrhæ accedunt, nondum eſt perfectus, nec datio arrharum eſt perfectio contractus: ergo datio arrharum eſt contractus: cum vtrumque ſimul verum eſſe poſſit, quod nempe arrhæ nec eſſent contractus, nec perfectio contractus.

Mihi itaque verior hæc ratio eſſe videtur, quod arrharum datio conſenſum ac conuentionem, quæ ad omnem deſideratur contractum *l.1.§. conuentionis.ff.de pact.* in ſe contineat, inter dantem & accipientem arrhas hoc conueniſſe cenſetur, vt accipiens eas habeat & retineat vſque dum à dante contractus fuerit perfectus aut completus & ſi is perficere aut complere contractum recuſet, tum arrhas perdat; ſin vero accipiens à conuẽtione reſilierit tum duplicatas reddat: ſed præter conuentionem hanc & conſenſum arrhæ etiam ſynallagma, quod conſtituit contractum, continent; dationem videlicet, vt quid fiat, quod ſynallagma eſſe, teſtatur Iuſtinianus in *l.7.§.2. ff.de pact.*

Nec me quicquam mouet argumentũ Martini, quod nẽpe arrhæ ſint cõtractus acceſſorium, nã fieri poteſt vt acceſſoriũ contractus per ſe quoq; ſit cõtractus, argumento eſt fideiuſſio: hæc enim, cũ fiat ſtipulatione, eſt ſane contractus *l.9. ff. de reb.credit.* Et interim tamen aliorum contractuum acceſſorium eſt *§.1. I. de fideiuſſorib. & l.8.ff.eod.tit.* Quin & ſtipulatio eſt contractus *d.l.9.* & tamen eſt acceſſorium contractuum, vt quæ ad hoc inuenta ſit



Digitized by Google

vt alios contractus confirmet *pr. l. de V.O. l. 5. pr. in verb.* Nam & ob ipſam verborum obligationem fiunt & pendent ex negotio contracto. *ff. de V.O.* Denique pignus per ſe eſſe contractum expeditum eſt & euidenter probat §. *fin. I. quib. mod. re contrah oblig.* Et tamen eſſe acceſſorium cõtractus, non poteſt dubitari, cum in ſecuritatem crediti, ſiue præcedentis debiti, conſtituatur creditori *d. §. fin.* Hinc igitur patet, non eſſe abſurdum, nec infrequens in iure vt acceſſorium & principale conueniant genere, quamuis differant ſpecie.

Qu. 53. *Qualis actio detur ex cõtractu arrharũ?* Qualis autem actio ex datione arrharum competat, aduerſus venditorẽ emptori de duplicatis vſuris reſtituendis, non eadem omnium eſt ſententia: Authori noſtro placere video dari cõdictionem ex lege. Hæc quippe condictio toties competit, quoties obligatio aliqua noua lege introducta, nec eadem eſſe expreſſum eſt quartam actione ex iſta obligatione agi debeat *l. vnic. ff. de condict. ex lege.* Noua autem conſtitutione Iuſtiniani Imperatoris in *l. contractus §. illud, C. de fid. inſtrum.* obligatio introducta eſt, qua venditor ad duplicatas vſuras reſtituendas ſit obligatus, nec ea lege, ſiue conſtitutione exprimitur quanam actione exinde agendum ſit: proinde condictio ex lege ipſi competit.

Sed mihi videtur actio præſcriptis verbis competere emptori; eſt enim datio arrharum contractus in omnibus, ſiue in contractum innominatum incidit; in cõtractum inquã do vt facias, do tibi arrhas vt contractui ſtes eundemque aut perficias, aut adimpleas: ex contractu autem innominato non naſcitur condictio ex lege, ſed præſcript. verb. act. *tot. tit. ff. de praſcript. verb.*

Ad Treutleri argumentum reſp. conditionem ex lege competere quando lege aliqua obligatio introducitur: atqui, in propoſito, obligatio quæ ex datione arrharum competit, nõ introducitur noua Iuſtiniani lege, ſed ex contractu innominato deſcẽdit. Certi & indubitati iuris *Lit. C. & D.* eſt debitorem, ſi res debita caſu fortuito perierit, liberari, nec ad eum caſum, Qu. 54. *An res quæ caſu fortuito perit ante traditionem, pereat emptori?* quem nec præuidere nec præcauere potuit, præſtandum teneri. *l. 6. C. de pignorat. act. l. 23. ff. de reg. iur. l. 37. ff. de verbor. obligat. l. 83. ff. eod.* Hinc itaque infertur, quod nec venditor, qui debitor eſt rei venditæ, teneatur de re vendita, poſt perfectam emptionem-venditionem peremptam. Id quod etiam admodum perſpicue teſtatur Iuſtinianus in § 3. *Inſt. de empt. vendit.* dum ita ſcribit: *Cum autem emptio venditio perfecta eſt, quod effici diximus ſimulatque de pretio conuenerit, cum ſine ſcriptura res agitur, periculum rei venditæ ſtatim ad emptorem pertinet, tametſi ea res emptori nondum tradita ſit; itaque ſi homo mortuus ſit, aut aliqua parte corporis læſus, vel ædes totæ, vel aliqua ex parte incendio conſumptæ fuerint, aut fundus vi fluminis totus, vel aliqua ex parte ablatus ſit, ſiue etiam inundatione aqua aut arboribus turbine deiectis longe minor aut deterior eſſe cœperit, emptoris damnum eſt, cui neceſſum eſt, licet rem non fuerit nactus, pretium ſoluere. Quicquid enim ſine dolo & culpa venditoris accidit, in eo ſecurus eſt.* Damnum itaq; quod in re vendita poſt perfectam venditionem accidit, quamuis res emptori nondum tradita fuerit, ad emptorem & non ad venditorem pertinet.

Etſi vero Iacob. Cuiac. *in tract. 8. ad Africanum in explicat. l. 33. ff. locat.* quem ſequitur in §. 3. *I. de empt.* Dyoniſ. Gothof. prædictum §. 3. pro noſtra ſententia valde perſpicuum, hac reſponſione eludere conetur, quod Iuſtinian. in Inſtit. tradiderit regulas iuris: in Digeſtis vero æquitatem in foro receptam eique ſubſcribere videatur Dn. Henricus Bocerus in *l. 23. c. 4. n. 7. de R. I.* vbi præſentem §. 3. de iure ſtricto: cæteros vero textus Digeſt. in quibus periculum rei ad venditorẽ ſpectare dicitur, de æquitate interpretatur.

Quo-

Quo minus tamen reſponſio iſthæc recipi poſſit non vna ratio impedire videtur. Nam primo veriſimile non eſt Iuſtinianum Imperatorem in Inſtitutionibus ſuis præcepta huiuſmodi iuris ſtudioſis præſcripſiſſe, quæ poſtea, grandiores facti, dediſcere cogerentur.

2. Deinde cum ius noſtrum, ICto definiente. in *l. 1. ff. de Iuſtit. & iure.* ſit ars æqui & boni: atque in omnibus rebus, maxime tamen in iure, æquitas ſpectari debeat *l. in omnibus de R. I. l. 8. C. de iudic.* adeoque per totum ius noſtrū diffuſa ſit, planè non eſt credibile Iuſtinianum in Inſtitutionibus quicquam tradere ac iuris tyronibus proponere voluiſſe, quod æquitati manifeſtæ & veritati repugnaret.

3. Accedit inſuper quod eadem, quæ in *d. §. 3.* Iuſtinianus dixerat, totidem ferè verbis commemorentur in legibus Digeſt. & Cod. Et quidem non vno atq; altero, ſed pluribus in locis.

Sic enim in *l. 5. §. 2. ff. de reſcind. vendit.* dicitur, *mortuo homine, perinde habendam venditionem eſſe, ac ſi traditus eſſet, vtpote cum venditor liberetur & emptori homo pereat.* Et in *l. 7. ff. de peric. & commod. rei vendit.* Paul. ſcribit: *ſi poſt emptionem fundus periit, incommodum emptoris eſſe.*

Idemque Paulus in *l. 8. eiuſdem tit.* periculum rei venditæ ad emptorem ſpectare affirmat. Et in *l. 11. eod. tit.* Alfenus ait: *Si quid acciderit in re vendita poſt venditionem, illud ad venditorem non pertinere, ſi modo venditor eam diligentiam adhibuiſſet, quam debent homines frugi & diligentes præſtare.*

In *l. 16. in fine. ff. d. tit.* periculum ſerui venditi ad emptorem pertinere, ſi modo dolus venditoris non interuenerit, ait Iauolenus ICtus.

In *l. 5. ff. de iure dot.* Vlpian. ſcribit: *Mulierem (quæ dotis æſtimata venditor eſt l. 10. eod. tit.) ſi per eam non ſtetiſſet, perinde pretium auferre, ac ſi tradidiſſet, quia quod euenit, emptoris periculo ſit.*

Et quamuis Cuiac. maritum emptorem in mora fuiſſe præſupponat; id tamē ex verbis huius legis non relucet, nec etiam præſumendū eſt, cum mora facta nō præſumatur, ſed probetur *l. 32. ff. de mora.*

In *l. 21. ff. de hered. vel act. vendit. Si quis hominem vendiderit & iſte deceſſerit, pretium eiuſdem deberi dicitur.*

In *l. 14. pr. ff. de furt.* periculum rei ad emptorem pertinere, dummodo cuſtodiam venditor ante traditionem præſtet.

In *l. 39 ff. de ſolutionibus* Mora periculo emptoris eſſe dicitur, ea ratione, quod perfecta emptio ſit, quam ſolo conſenſu abſque traditione rei perfici, Iuſtinianus ait. *d. §. 3. I. de empt.*

In *l. 35 §. 4. ff. de contrahend. empt.* dicitur ſi res vendita per furtum perierit, prius animaduertendum eſſe quid inter eos de cuſtodia rei conuenerit: ſi nihil appareat conueniſſe, talem cuſtodiam deſiderandum eſſe à venditore, qualem bonus paterfamil. ſuis rebus adhibet, quam ſi præſtiterit, & tamen rem perdiderit ſecurum eſſe

In *l. 34. §. penult. eod. Si emptio*, ait Paul. *ita facta fuerit, eſt mihi emptus Stichus aut Pamphilus, in poteſtate eſt venditoris, quem velit dare, ſicut in ſtipulationibus, ſed vno mortuo, qui ſupereſt, dandus eſt: Et ideo prioris periculum ad venditorem, poſterioris ad emptorem reſpicit: Sed etſi pariter deceſſerit, pretium debebitur. Vnus enim vtique periculo emptoris vixit. Idem dicendum eſt, etiamſi emptoris fuerit periculum quem vellet habere.*

Nec eſt, vt quis hic cum Iacobo Cuiacio præſupponat, emptorem fuiſſe in mora, cum Gaius nihil quicquam tale in tota hac lege vel minime verbulo indigitet.

His deniq; adſtipulatur Impp. Diocl. & Maxim. in *l. 3. C. de peric. & commod. rei vendit.* dum ita reſcribunt: *Specie vendita per violentiam abſumpta, periculum rei ad emptorem pertinere.*

Sit

Et *in l. ſeq. 6.* iidem Impp. reſcribunt: *Mortis caſus ancillæ diſtractæ, etiam ante traditionem ſine mora venditionis dilatam, non ad venditorem, ſed ad emptorem pertinere; & hac non ex præterito vitio rebus humanis exempla ſolutionem pretij emptor non recte recuſat.*

Cuiacius equidem, eumque ſecutus Bocerus ad haſce leges reſpondent; periculum & interitum rei venditæ ad emptorem ita pertinere, vt id quod intereſt ſupra pretium rei non conſequatur, non etiam vt vel pretium non repetat, quod ſoluit, vel quod non ſoluit, venditori ſoluere compellatur.

Veruntamen reſponſio hæc ſatis abundeque refellitur exinde, quod adeo clare Iuſtinianus ſcribit, interitum rei ita ad emptoris damnum pertinere, vt ei neceſſe ſit, licet rem non fuerit nactus, pretium ſoluere *d. §. 3. I. de empt.* Et quod Diocler. & Maxim. ſcribunt: re vendita, reb. humanis exempta, ſolutionem pretii emptorem non recte recuſare *l. final. Cod. de peric. & commod. rei vendit.* item quod in *l 21. ff. de hered. vel act. vend.* aſſeritur, ſi quis hominem vendiderit & is deceſſerit, pretium eiuſdem deberi.

Et quod idem Paulus in *L. 34. §. penult. ff. de contrahend. empt.* ſcribit: *Hominis venditi perempti pretium deberi*: Quod Pomponius tradit: ſi per mulierem dotis æſtimatæ venditricem non ſteterit, re perempta in dotem data, perinde illam pretium auferre ac ſi tradidiſſet, quia quod euenit emptoris ſit periculo.

Ex *l. 15. ff. de iure dot.* perſpicuum euadit, rem venditam, quæ periit, ita emptoris periculo dici, vt eius peremptæ pretium ſoluere cogatur, nec ſoluta repetere queat.

Quibus textib. ſatis perſpicuis accedit inſuper ratio iuris perſpicua, quod re ſine dolo, culpa & mora debitoris perempta, aut amiſſa, liberetur debitor, nec caſum fortuitum quiſquam vllo in bonæ fidei iudicio præſtet *L. 23. de R. Iur. L. 6. C. de pign. act.*

Confirmat idipſum quoque id, quod Iulianus ait; mortuo homine vendito, perinde habendam eſſe venditionem, ac ſi traditus fuiſſet homo, qui periit *L. 5. §. 2. ff. de reſcind. vendit.* Atqui dubium nullum eſt, ſi homo, qui iam mortuus eſt, antea traditus fuiſſet emptori, quin ad pretii ſolutionem emptor venditori teneretur: Sequitur itaque hinc infallibiliter, emptorem etiam nunc, poſtquam periit homo, venditori ad pretium ſoluendum teneri.

Eodemque pertinet etiam quod Alfenus ſcribit: *Si quid accideit in re vendita poſt venditionem, illud ad venditorem non pertinere, ſi modo venditor eam diligentiam adhibuiſſet, quam debent homines frugi & diligentes præſtare L. 11. ff. de peric. & commod. rei vendit.* Iam vero ad venditorem vtique pertineret damnum aut interitus, in re vendita poſt venditionem celebratam contingens, ſi pretium rei amitteret, re vendita perempta.

Sequitur itaque interitu rei venditæ emptorem à pretii ſolutione liberatum non eſſe. Poſtremo hic facere videtur & illud, quod in *L. 35. §. 4. Digeſt. de contrahend. empt.* Gaius reſpondit: *Si venditor diligenti cuſtodia præſtita, rem venditam nihilominus perdiderit, ipſum venditorem ſecurum eſſe:* At ſecurus non eſſet venditor, ſi, re vendita perdita pretium eius amitteret. Concedendum itaque non eſt quod periculum rei venditæ hactenus ſolum emptionis ſit, vt id, quod ſua intereſt, præter rei pretium verum non conſequatur; non vero vt vel pretium non repetat, quod ſoluit, vel quod non ſoluit venditori, ſoluere compellatur.

Relinquitur itaque ex iuris noſtri perſpicuis fundamentis, verum eſſe quod antea propoſuimus, venditorem, qui rei venditæ debitor eſt, interitu rei venditæ, cui neque dolus neque culpa neque mora ven-

ra ven-

Digitized by Google

ra venditionis cauſam dedit, penitus liberari; idque cum aliis quibusuis debitoribus, qui ad quippiam præſtandum ex contractu obligati ſunt, venditorem commune habere.

Non equidem ignoro Antonium Fabrum *lib.2.Coniectur.4.* rationem huius plane ſpecialem in hoc conſtituere, quod, perfecta emptione, in emptoris poteſtate ſit precii ſolutione rei venditæ poſſeſſionem ac dominium, quandocunque voluerit, nanciſci. Vt imputari ei debeat, quod ſtatim nactus non ſit. Veruntamen ratio hæc vix ac ne vix quidem ſuſtineri poterit, non ſolum quia ICtus in *l.12.& 14.ff de peric.& commod. re vendit.* haut obſcure ſignificet, poſt perfectam emptionem non ſtatim per emptorem ſtare, quominus res vendita ipſi tradatur: Sed etiam quia emptione perfecte periculum rei venditæ ſtatim dicitur ad emptorem ſpectare *§.3.I.de contrahend.empt.*

Emptori autem non poteſt imputari culpa, quod non ſtatim, oblato precio rē ſibi tradi petierit. Quid enim ſi non ſtatim in parato pecuniam habuit?

Verior itaque videtur iſta ratio, quam ſupra aſſignaui, quamque Donello *13.com. 2.*& Mattheo weſenbecio in *§.3.I.de empt. vendit.* ICtis doctiſſimis probari video, quod nēpe venditor ſit debitor: Debitor autē caſum fortuitum ex nullo contractu præſtet *l.23.ff.de Reg.Iur.l.6.C.de pignoratit. act.* Quæ ratio eo magis obtinere videtur in venditione, quod rei venditæ commodum & emolumentum, quod ei poſt vēditionem accedit, vel ex ea prognaſcitur, non ad venditorem, ſed ad ſolum emptorem pertinet *l ſecundum.ff.de Reg.Iur.*

Sed tamen huic ſententiæ, longe certiſſimæ, obiicitur primo, quod res vnaquæque, quæ perit citra dolum & culpam alterius, pereat ſuo domino *l 9. Cod.de pignorat.act.* Res autem vendita ante traditionem non ſit in emptoris, ſed venditoris dominio *l.76.de verbor.ſignificat.l.Traditio.de acquir.rer dom.§. per traditionem.I.de Rer.diuiſ.* Igitur non illi, ſed huic perire debeat.

Reſp. Veruntamen hæc ratio ſententiam noſtram nō euertit: Quod enim dicitur domino rem ſuam perire, quæ ſine dolo, culpa aut mora alterius perit, id verum eſt, ſi dominus non ſimul etiam ſit eiuſdem rei debitor: quoniam regula iuris eſt, caſum fortuitum rei debitæ à nullo debitore præſtari *l.23.ff.de Reg Iur.* Iam vero, etſi in propoſito venditor ante factam traditionem ſit dominus rei venditæ, tamen eiuſdem etiam eſt debitor ex venditionis contractu nec in propoſito conſideratur, tam vt dominus, quam vt debitor, reſpectu emptoris. Quocirca huic iuris regulæ eſt conſequens, illum, tametſi dominus ſit, caſum tamen fortuitum non præſtare.

2. Opponi inſuper ſolet *l.41.ff.de peri.& commod.rei vendit.* in cuius principio Paulus I C. ait: *Si lecti venditi in via publica poſiti ab ædili conciſi, neque traditi eſſent, neque emptor in mora fuiſſet quominus traderentur, venditoris periculum fore.* Ex quo contraria ſententia perſpicue adſtrui videtur, quod nempe, re vendita, ante traditionem, ſine emptoris mora perempta, damnum ſuſtineat venditor, & non emptor.

Ad hoc enim reſpondet Antonius Faber & nouiſſime Harp. *in d.§ 3.I.de empt.vend.* In citata *l.14* lectos ab ædile conciſos, adeoque peremptos fuiſſe, non fortuito caſu, ſed hominis facto & per venditoris incuriam ac ſtultitiam, lectos in viam publicam ponentis quemadmodum ex collatione huius *l.14.cum l.praced. 12.liquido conſtat.*

Cæterum Dn. Bocerus hanc ſolutionem reiicit, propterea, quod ex lege 13. perſpicue admodum relluceſcat, periculum rei venditæ ante traditionem ſpectare ad venditorem, licet iniuria & non

iure ædilis lectos conciderit; adeoq; culpa venditoris nulla interuenerit.

Reſp. Veruntamen ratio hæc ſuperiorem reſponſionem conuellere non videtur. Vt enim ædilis iniuria lectos conciderit: Tamen & venditoris culpa poteſt interueniſſe, vt qui lectos venditos in viã publicam inq; eum locum poſuerit, quo non oportebat, atq; ita anſam præbuerit iniuriæ ædilis.

3. Non refragatur inſuper ſententiæ noſtræ *l.14. §.1.ff.de pericul. & commod. rei vend.* in qua Paulus reſpondit, materia empta, ſi furto periiſſet, poſtquam tradita eſſet, emptoris periculo eſſe: Sin minus, venditoris. Ex quo manifeſte liquet, rei venditæ ante traditionem interemptæ periculum ac venditorem ſpectare.

Reſp. Sed reſpondetur in iſto § 1. non fuiſſe ſpeciem aliquam certam, nec has aut illas trabes, ſed genus, hoc eſt ligna aut trabes in genere venditas. At quotiens genus debetur non liberatur debitor interitu alicuius ſpeciei, quam ſolvere conſtituerat, nec liberatur interitu omnium ſpecierum eius generis, quotquot illarum habebat; idque eſt quod dicitur, genus perire non poſſe *l.30 §.verum.ff. ad l.Falcid.l.5.de peric. & commod.rei vendit.*

Sed grauiſſime aduerſari ſententiæ noſtræ videtur *l.33.ff. locati.* In qua ICtus Africanus ita ſcribit: ***Si vendideris mihi fundum iſque priuſquam vacuus traderetur, publicatus fuerit, tenetur ex empto: Quod hactenus verum erit vt precium reſtituas, non etiam vt id præſtes, ſi quid pluris mea interſit eum vacuum mihi tradi.***

Reſpondet equidem Anton. Faber, quem nouiſſime ſequitur Caſpar Schiffordeckerus *lib. 2. tr. 18.q. 3.* diſtinguendo, ita vt plurimum interſit vtrum res omnino perempta ſit, ita vt in rerum natura eſſe deſierit & ideo per naturam præſtari non poſſit; An vero, ſaluo corpore, ſit amiſſa vt furto ſubrepta vi ablata: vt priori caſu damnũ ſpectet non ad venditorem, ſed ad emptorem: poſteriori vero ad venditorem, ita emptor recte intendat ſibi rem præſtari, venditor vero liberetur, ſi actiones ſuas cedere ſit paratus. Quas tamen ſi non habeat, vt accidit ſi res aliena ſit, quæ furto ſubtracta eſt, aut fundus publicatus eſt, ad ſpeciei reſtitutionem teneatur. Atque de hoc caſu aiunt loqui *l.33.ff.locat.* in qua fundus venditus, cuius periculum ad venditorem ſpectare ibidem dicitur, proponitur publicatus, adeoque in rerum natura adhuc extare, ſic vt per naturam præſtari poſſit. Cur autem rei, ſaluo corpore amiſſæ, damnum venditoris eſſe debeat, ſequentes rationes aſſignant. 1. Quod æquiſſimum ſit precium reſtituere venditorem, ſi non præſtet eam rem, quam per rerum naturam præſtare poteſt. 2. Quod cum fundus publicatus adhuc præſtari poſſit, non ſolum ſi fuerit redditus, verum etiam ſi poſtliminio recuperatus, & ideo præſtatio ſuſpendi debeat, donec ea fieri poſſit *l.fin.ff.de act. empt. iunct. l.9.ff.de verb. obligat.* Illa autem fundi reſtitutio, quia in incerto ſit, non conueniat, vt emptor illam expectare cogetur, ſed hoc potius ad venditorem pertineat, qui ſibi impetrare debeat, quod non gratia aut merito victoris munificentiam, in reſtituendo ſibi fundo, prouocare voluerit. 3. Quod ipſum quoque Papinianus ICtus verbis diſertis affirmare videatur in *l.80.ff.de furt.* in qua ita ſcribit: ***Si vendidero neque tradidero ſeruum & is ſine culpa mea ſubripiatur, magis eſſe vt mihi furti competat actio, & non videtur intereſſe quia dominium apud me fuit, vel quoniam ad præſtandas actiones tenear.*** 4. Denique quod cum Iuſtinianus in §. *Cum autem.I.de empt.vendit.* exempla propoſuiſſet rei venditæ, quæ aut perempta, aut deterior facta eſt, ita vt per rerum naturam

turam talis, qualis vendita eſt, præſtari non poſſit, ſubiiciat, quod ſi homo venditus fugerit aut ſurreptus ſit, non ſimpliciter liberetur venditor, ſed actiones ſuas cedere emptori compellatur. Ex quo intelligatur, quod quamdiu res vendita in rerum natura extat, tamdiu ad eius perſecutionem emptori actio ex empto ſuppetat.

Cæterum huic reſponſioni obſtat *primo* quod Alfenus ICtus in *l.11.ff de peric.& commod.rei vendita.* generaliter ſcribit ſi quid acciderit in re vendita poſt vẽditionem, illud ad venditorem non pertinere; ſi modo venditor eam diligentiam adhibuiſſet, quam debent homines frugi & diligentes præſtare. 2. Quia Iuſtinianus in *§.2.I de empt. vendit.* generaliter definit: Quicquid ſine dolo & culpa venditoris accidit, in eo venditorem ſecurum eſſe: Et quod poſtea in ſpecie de homine vendito, qui fugerit aut ſurreptus fuerit ita vt neque dolus, neque culpa venditoris interuenerit, ibidem ſcribit Imperator, ſi venditor cuſtodiam in ſe nõ receperit, ſecurum eſſe: Iam vero ſi verũ eſſet, quod Antonius Faber ſcribit, re vendita amiſſa, ſi adhuc in rerum natura ſit, ad venditorem damnum ſpectare, ſic, vt illi precium emptor præſtare non cogatur, aut ſi ſoluerit teneatur emptori venditor id reſtituere, vtique non eſſet venditor ſecurus. 3. Quia in *l.91.§.1. ff.de verb.obl.* dicitur, promiſſor, re, ſaluo corpore, amiſſa, liberari, eo quod ſine facto ipſius res deſierit eius eſſe: Vnde hæc ſumitur regula; Quotiens ſine facto debitoris, ſeu promiſſoris deſierit res eius eſſe, liberatus ſit. Id autem in noſtro caſu fieri præſupponitur: Ergo venditorem à rei præſtatione liberari, dicendum eſt. 4. Quia generaliter, quæ ſine culpa debitoris accidunt, cum præuideri non potuerint à nullo præſtantur *l.23 ff. de Reg. Iur.* Quodque illa, quæ fortuitis caſibus accidunt, cum præuideri non potuerint, nullo bonæ fidei iudicio præſtentur *l.6. C.de pign.act.*

His non obſtant fundamenta Fabri: Nam ad *primum* reſpondeo, etſi res, quæ ſaluo eius corpore amiſſa & deperdita eſt, ſua natura adhuc præſtari poſſit, quia tamen alia adhuc obſtant impedimenta, quominus venditor iam poſſit rem præſtare eaque abſque omni dolo & culpa venditoris, caſu inopinato, id quod nos præſupponimus, inciderint, nullam rationem aut æquitatem ſuadere impedimenta iſta venditori potius, quam emptori nocere, cum maxime ſuperioribus rationibus expeditum ſit, quicquid ſine culpa venditoris contigerit in eo venditorem eſſe ſecurum. *§.3.I.de contrahend. empt.l.35.§.4. ff.de contrahend. empt.* Item caſum fortuitum à nullo debitore præſtari *l.6.C.de pign.act.l.23.ff.de Reg Iur.*

*Ad ſecundum* reſpondetur, ſi fundus publicatus venditori ſit redditus aut poſtliminio ab eodem recuperatus, dubitare non licet, quin tum emptori à venditore præſtari debeat: Quia vero hoc incertum & plane dubium eſt, vti ipſemet Schifordeckerus fatetur, longe æquius & iuri magis conſentaneum eſt, vt eventum hunc incertum emptor potius expectet, quam venditor, ob rationes à nobis proxime aſſignatas. Cum præſertim venditori nihil prorſus imputari poſſit cur fundus ſit publicatus: Quandoquidem publicatio iſta abſque culpa & mora eius acciderit: Nec etiam culpa ipſi imputari poſſit quod victoris munificentiam, in reſtituendo ſibi fundo, non prouocauit merito, aut gratia: Nam præterquam quod hoc non cuiusuis ſit, etiam penes ipſum ſolum venditorem minime ſitum eſt verũ etiam apud victoré, cuius animus non tam facile ad reſtitutionem rerum occupatarum à victis flecti poteſt.

*Ad Tertium* ex *l.80. in princip. ff. de furt.* petitum, reſpondeo, illud nihil amplius probare quam quod actio furti venditori

de re furto ſurrepta competat, cum eius interſit, rem non ſurripi: Non idcirco quia venditor rei ſurreptæ precium amittat, ſed quia, vt in textu expreſſe dicitur, venditor emptori ad præſtandas & cedendas actiones tenetur, id quod etiam Iuſtinianus aſſerit in *§.3.l.de contrahend. empt.*

*Ad poſtremum* reſpondeo in *d.§.3.* hanc ſolam inter rem venditam peremptam & amiſſam conſtitui differentiam, q. ab illius præſtatione ſic liberetur venditor, vt nullas actiones emptori cedere cogatur; ſiquidem hoc caſu nullas habet venditor: Huius vero amiſſione à præſtatione actionum non liberetur. Quod ad rem vero ipſam eiuſque precium attinet, nulla penitus differentia inter rem peremptam & amiſſam conſtituitur, ſed ſicut ab interitu rei, ita etiam ab eius amiſſione dicitur ſecurus eſſe venditor.

Quapropter, miſſa Antonii Fabri ſolutione, reſpondent alii, in *d.l.33.* fundum publicatum fuiſſe, hoc eſt, in fiſcum redactum propter delictum à venditore cōmiſſum, adeoque in culpa & cauſa fuiſſe venditorem, quod fundus ille amiſſus fuerit: Sed hi à Lopezio recte refutantur ex eo quod ſi amiſſioni & publicationi fundi cauſam dedi ſſet culpa & delictum venditoris, non ſolum ad precii reſtitutionem ad id quod intereſt præſtandum emptori teneretur.

Quocirca quod in *d.l 33.* dicitur, venditorem, etiamſi culpa aut dolus eius nō interuenerit, tamen de fundo caſu fortuito amiſſo teneri, id plane ſpeciale & ſingulare eſſe in fundo publicato. Tum quod de fundo publicato nominatim atque in ſpecie Africanus in ea lege loquatur; de aliis vero rebus diuerſum aliis in locis ſtatuatur

Tum quia ratio plane ſpecialis in fundo publicato obtinet, quæ in cæteris rebus deficit, hæc ſcilicet, quod fundo ab hoſte capto & publicato conſueuerit poſſeſſori, ſiue antiquo fundi domino aliquid à victore honoris gratia dari *l.15. §.2.ff. de Rei vind.* Et ideo cum venditor aliquid viciſſim pro fundo acceperit, æquius erat vt fundus venditori, quam vt emptori periret: vnde Africanus non quidem quantum emptoris intereſt, fundum publicatum non fuiſſe emptori præſtari, ſed precium reſtitui.

## RESOLVTIO THESIS *Nonæ.*

Emptionis porro venditionis duæ ſunt ſpecies: Nam alia in ſcriptis fit, alia ſine ſcriptis. *§. & hac quidem. l. de empt.* Illa prius perfecta non cenſetur, quam inſtrumentum emptionis - venditionis perfectum & omnibus numeris abſolutum ſit *d.§ & hac quidem l.17.c.de fide inſtrument.* Hæc vero ſtatim cenſetur eſſe perfecta, quamprimum contrahentes in precium & rem conſenſerunt *pr. & §.3.de empt.* nec ad perfectonem ſui ſcripturam vllo modo deſiderat. *tot.tit.l.de obligat.quæ ex conſenſu.*

Nec huic obeſt, quod in iuris textibus in genere dicitur, ſolo conſenſu perfici emptionem- venditionem *d. tit. de obligat quæ conſen.d.pr. & §.3.* Hoc enim verum ſi id quod naturale eſt huic contractui, ſiue quod ex natura eius deſcendit, ſpectemus: Nam quod in ſcriptis emptio fieri dicitur id non ex natura eius, ſed ex pacto & conuentione contrahentium deſcendit *d.l.17. C.de fide inſtrument.* Diſtributio proinde iſta petita & deſumpta eſt ex adiuncto, non ex natura aut ſubſtantialibus emptionis - venditionis.

Quin & alia pacta emptioni- venditioni adiici poſſunt vt teſtatur *tot.ti.C.de pact. int.empt.& ven.* Cum n. hic contract⁹ ſit bonæ fidei, dubium non eſt quin adminicula eius mutari & reformari nouaq; forma huic cōtractui pactis cōuentis adiici queat.

*l.7.*

*l.7.§.5.ff.de pact.l.72.ff.de contrah.empt.* Hinc igitur in omni cõtractu ante omnia id ſpectari conuenit ꝙ pacto ſpecialiter placuit; tunc demum, ſi nihil ſpecialiter inter contrahentes conueniſſe deprehenditur, inquirendum quidnam ex natura contractus deſcendat *l.3.ff.de reg.iur.*

Huius generis pactum eſt addictio in diem, quando res vendita ita penes emptorem collocatur, vt niſi alius intra certam diem meliorem conditionem, quæ venditori placeat, attulerit, res penes illum maneat: Si attulerit, in hunc emptorem nouum transferatur *l.1.& tot.tit.ff.de in diem addict.*

Lit.C. Qu.55. *Vtri cõpetat interdictum ꝙ vi aut clã ſi pactum in diẽ addictionis ſit emptioni adiectum?*

Circa hoc vero pactum controuertitur, ſi ex eo empori tradita ſit res vendita precario vtrum ipſi an vero venditori interdictum quod vi aut clam accommodari debeat? Controuerſum enim hoc olim fuiſſe inter Iulianum & Caſſium, refert Vlpianus in *l.is qui puteum.§.ſi fundus cum §.ſeqq. ff.quod vi aut clam.* vbi in hæc verba ſcribit: *Si fundus in diem addictus ſit, cui competat interdictum; & Iulianus ait, interdictum quod vi aut clam ei competere, cuius interfuit opus non fieri: Fundo enim in diem addicto & commodum & incommodum omne ad emptorem pertinere, antequam venditio transferatur; & ideo ſi quid tunc vi aut clam factum eſt, quamuis melior conditio allata fuerit, ipſe vtile interdictum habebit, ſed eam actionem, ſicut fructus medio tempore perceptos, venditi iudicio præſtari cogendum ait. Ariſto autem ſcribit non poſſeſſori eſſe denunciandum: Nam ſi quis, inquit, fundum mihi vendiderit & necdum tradiderit, & vicinus, cum opus facere vellet & ſciret me emiſſe & in fundo morari, mihi denunciauerit, eſſe eum tutum futurum quod ad ſuſpicionem clam facti operis pertinere quod ſane verum eſt.* Hæc Vlpianus.

Ex quo patet quod Caſſius ita demum emptori interdictum quod vi aut clam competere exiſtimarit, ſi ei fundus ex cauſa venditionis à venditore traditus eſſet: Alioqnin ipſi venditori adhuc poſſidẽti competere; Iulianus vero emptori qui in fundi poſſeſſione ſit, interdictum competere, non venditori, nulla diſtinctione adhibita, an is fundus à venditore ex cauſa emptionis traditus ſit, an ex alia quauis: propterea ꝙ iſtud interdictum illi competat, cuius intereſt opus illud non eſſe factum; emptoris autem ex eo in dubium ſit, quod tunc omne cõmodũ & incõmodũ ad eum pertineat. Vlp. vero reiecta ſententia Caſſii quia nẽpe alii etiam, q̃ fundi poſſeſſori, denunciari poſſit opus, quod fit; ita vt opus faciens, eo teſtari poſſit, ſe id non clam feciſſe, neq; neceſſe ſemper ſit poſſeſſori eam denunciationem fieri; concludit Vlpianus, vendito ſub addictione in diem fundo, emptori, cui ex alia quam emptionis cauſa, traditus fuerit, interdictum competere, licet tunc is poſſeſſor non ſit, ſed ita, vt eo caſu & venditori quoq; idem interdictum competat; adeoq; vtroq; caſu venditori interdictum detur, tum quo nullo modo traditus fuerit fundus, quam ſi etiam traditus fuerit, dummodo & alia quam emptionis cauſa, puta precarij rogatione: Non obſtante eo quod Iulianus obiicit tunc rẽ emptoris periculo eſſe & ideo ſoli emptori competere interdictum: Etenim & emptoris periculo res eſt poſt emptionem perfectam re nullo modo tradita & tamen quod ipſi venditori tunc interdictum competat, & non emptori indubitatum eſt.

Sed huic ſententiæ & interpretationi obſtat quod idem Vlpianus in *verſic.ſi tamẽ precario ſit in poſſeſſione.* Velut dubitans quærit, an cum emptor precario in poſſeſſione eſt, illi interdictum competat? Quod ſi antea ſimpliciter affirmauerat, abſurde poſtea idipſum in quæſtionem & dubium vocat.

Iacobus Cuiacius in locis ab Autore citatis, emendat textum & pro his verbis.



Digitized by Google

*Ergo ſi poſt in diem addictionem fundus precario traditus ſit*; legit *precario traditus non ſit*; ita vt ſit ex cauſa precarii traditio ſit facta emptori interdictum non competat; ſin ex cauſa emptionis, tunc competat hoc interdictum emptori.

Cæterum hanc emendationem Iohannes Robert. hiſce rationibus impugnat 1. Quod cum antea precarii Vlpianus in *d.l.ù qui in puteum* §.10. *& ſeqq.* non meminiſſet, adeo contorta & longius quæſita periphraſi vult dici fundum non precario traditum pro traditum ex cauſa emptionis 2. Quia hunc in modum emendata lectio hoc præſupponit, fundũ venditum extra emptionis cauſam, non ex alia quam precarii cauſa emptori poſſe tradi: cum tamen Vlpianus poſtea ſubiiciat ex cauſa etiam cõductionis ſic fundum poſſe emptori tradi vt hoc interdictum quod vi aut clam ei competat.

Ipſe igitur Robertus ad proximã obiectionem reſpondet ex ipſo textu ſatis aperto patere Vlpian. in præcedenti verſic. ſi tamen precario. non ſimpliciter in quæſtionem reuocare quod iam plenè deciderat de emptore ex precarii rogatione in poſſeſſione exiſtente, ſed diſquirere in eo, quod is precario poſſidens, hoc interdictum habeat, an ideo id illi competat, quia cum eius interſit & ſimul qualitercunque poſſideat, hoc eſt an duo hæc coniuncta & quod eius intereſt & quod qualiter qualiter poſſideat, id efficiant vt illi emptori hoc interdictum detur quo inde id & ad alios caſus conſimiles extendat in quibus alicuius interſit, opus non fieri, & ſimul is in qualicunque poſſeſſione ſit, vt nominatim id ſtatim non tantum in emptore, qui conduxit obtinere ſubiicit, ſed in eo etiam qui ſimpliciter conduxerit nec aliud ius ad rem habeat, quam ſimplicis conductionis. Præterea quæ antea plene deciſa fuerunt, poſtea quæſtionib. propoſitis, quibus velut in dubium reuocari videantur eadem rurſus agitari, illorum, præſertim rationis explicãdę cauſa, nouum & in iure incongruum nõ eſt; atque etiam in hoc eodem Vlpiano, vt in *l. ſi fideicommiſſaria libertas ita dari. ff. de fideicom. libertat. l. Iulianus, in princip. l. Titius & l. ſeq. ff. de act. empt. l. bona fides. ff. depoſiti. l. ſi filium quem. ff. de bonor. poſſ. contra tabb.* Confirmat hanc eandem ſententiam *l. 4. §. 4. ff. de in diem addict.* in qua ita Vlpian. ſcribit: *Idem Iulianus lib. 58. Dig ſcripſit, eum qui emit fundum in diem, interdicto quod vi aut clam vti poſſe: nam hoc interdictum ei competit, cuius intereſt, opus non eſſe factum: fundo autem, inquit, in diem addicto & commodum & incommodum omne ad emptorem pertinet antequam venditio transferatur; & ideo ſi quid tunc vi aut clam factum eſt quamuis melior conditio allata fuerit, ipſe vtile interdictum habebit.*

3. Denique corroborat hanc eandem ſententiam *l. 3. Cod. de pact. inter empt.* dum illic Imperator Alexander hoc modo reſcribit: *Qui ea lege prædium vendidit, vt niſi reliquum pretium intra certum tempus reſtitutum eſſet, ad ſe reuerteretur, ſi non precariã poſſeſſionem tradidit rei vindicationem non habet, ſed actionem ex vendito.*

Exemplum pacti contractui emptionis-venditionis apponi ſoliti, habetur in pacto commiſſorio, quo conuenit vt niſi intra certum tempus pretium exſoluatur, inempta res fiat. *l. 4. ff. ad l. commiſſor.* de hac autem lege quæritur vtrumne pura an conditionalis ſit? Etenim ſunt qui ſtatuant, puram hanc eſſe venditionem, cui huiuſmodi pactũ adiicitur, quæ tamẽ ſub conditione reſoluatur: & ita Matth. Weſenbec. *in paratitl. de leg. commiſſor.* Sunt enim etiam qui ſtatuant emptionẽ tali pacto effici conditionalem. *Lit. D. Qu. 56. An pactũ commiſſorium ſit purũ, an conditionale?*

Pro ſententia priori facit primo text. in *l. 1. ff. de lege commiſſor.* in qua Vlpia. ſcribit: *Si fundus commiſſoria lege venierit magis eſt vt ſub conditione reſolui emptio, quam ſub conditione contrahi videatur.*

2. In

Digitized by Google

2. In *l.2.§.3.ff.pro empt.*idem plane Paulus confirmare videtur,ita ſcribens: *Si ſic empta res ſit, vt niſi pecunia intr certum diē ſoluta eſſet,inempta res fieret, non vſucapturum,niſi ſoluta pecunia: Sed videamus vtrum conditio ſit,an conuentio,ſi conuentio eſt, magis reſoluitur,quam implebitur.*

Pro ſententia & opinione poſteriori, quod nēpe ſub cōditiōne cenſeatur contracta emptio cui pactum cōmiſſorium adiectū fuit hæ faciunt rationes.1. Si perfecta eſſet hoc caſu emptio & non p conditiones ſuſpenſa,dominium rei ea lege venditæ & traditæ in emptorē transfiret *arg.§.vendita.l.de rerum diuiſ.* Atqui dominium rei ſub lege commiſſoria venditæ, non eſt translatum in emptorē, etiamſi res ei tradita fuerit.Igitur ante diem præfinitum non intelligitur perfecta,ſed per conditionem ſuſpenſa,adeoq; non pura, ſed cōditionalis. Aſſumptio exinde probatur quia venditor rē,ſub lege commiſſoria venditam, ante diē vindicare poteſt *l.fin.ff.de lege commiſſor. l.4.C.de pact. inter empt.& vendit.*At ſi emptor eſſet dominus rei,ſub lege commiſſaria venditæ, ante diem vindicare poſſet *l. fin.ff.de lege cōmiſſ. l.4.C.de pact. inter empt.*Et ſi emptor eſſet dominus rei venditæ,ante diem præfinitum vindicatio non competeret vēditori: quandoquidem rei vindicatio nemini competit,niſi domino *l.23.ff. de rei vendic.*

3. Quia in *l.2.l.3.l.4.§.eleganter.ff.de lege commiſſor.* dicitur in poteſtate eſſe vendatoris,non vti lege commiſſoria & pretium petere, quaſi in legea adſcriptū fuiſſet,ſi venditor inemptum eſſe velit.

In hac Dd. concertatione Franciſcus Hotoman.in *Epitom.iur.tit.de lege comm.n.2.*ſtatuit,inter veteres quoad propoſitam quæſtionem,controuerſiam & contentionem fuiſſe dum alii ſtatuerint purā eſſe venditionem alii vero conditionalem. Et huius controuerſiæ & diſceptationis quædam veſtigia,è veterum iſtorū ICtorū ſcriptis petita, iuri noſtro inſerta fuiſſe;adeoq; inter leges ſupra adductas apertam eſſe diſcordiam contrarietatem & diſcrepantiam, quæ nulla conciliatione tolli & in concordiam redigi queat.

Verum Weſenbec.in *paratitl. ff.d. lege commiſſ.*hac diſtinctione omnem diſcordiam & contrarietatem quā optime tolli poſſe exiſtimat,ſi diſtinguatur vt ſi hoc modo & hac lege emptio venditio ſit facta:empta tibi res eſto,ſi intra triduū placuerit,tunc ſit conditionalis *§.emptio 4.I. de empt.vendit.*Sin vero ita fuerit contracta, inempta eſto ſi diſplicuerit; non ſit conditionalis,ſed pura.Et hæc diſtinctio veritati & rationi iuris, vt & textibus ſupra allegatis conſentanea eſſe videtur.

Subnectitur hoc loco quæſtio de pacto, quo conuenit vt emptor venditori vſuras pretii nomine præſtet,tandiu, donec pretium ſolutum fuerit,vtrumne valeat,an vero tanquam vſurarium improbetur iureque ſit illicitum?

Pro negatiua facit quod omnis contractus quo quid præter ſortem promittitur ſit vſurarius & iure improbatus *tot. tit. extr. de vſur.& tit.* von wucherlichen Contracten in der Reformation guter Policey ordnung zu Augſpurg Anno *1618.*auffgerichtet.

Cæterum quin huiuſmodi pactum ſit licitum modo legitimam & iure definitam vſurarum quantitatem non excedat,hac ratione cōprobari videtur quod vſuras paciſci iure ciuili omnino permittatur *l.3.C.de vſur l.eos.C eod.*quod hæc, de quibus loquimur vſuras ipſa defendat æquitas& æqualitas inter contrahentes in hoc præſertim contractu obſeruanda *l.5.C.de reſcind.vendit.*Cum enim emptor,traditione rei venditæ à venditore facta, omnes percipiat fructus qui è re iſta proueniunt,conſequens etiam videtur vt venditor pecuniæ ſibi debitæ fructus ciuiles hoc eſt vſuras conſequatur, ne ipſius,quam emptoris deterior ſit conditio.

RESO-

RESOLVTIO THESIS *Decima.*

Adiici inſuper emptioni-venditioni
Lit.A. ſolet pactum de retrouendendo quo id agitur, vt oblata quandocunque vel intra certa tempora pretio res venditori reſtituatur. Hoc autem pactum valere & legitimum eſſe oſtendit *l.2.Cod.de pact.inter empt.& vendit.* in qua Imperator Alexander hoc modo reſcribit: *Si fundum parẽtes tui ea lege vendiderunt, vt ſiue ipſi, ſiue heredes eorum emptori pretium quandocunque, vel intra certa tempora obtuliſſent, reſtitueretur, teque parato ſatiſfacere conditioni dictæ & heres emptoris non paret, vt contractus fides ſeruetur, actio præſcriptis verbis vel ex vendito tibi dabitur, habita ratione eorum, quæ poſt oblatam ex pacto quantitatem ex eo fundo ad aduerſarium peruenerunt.*

Sed vtrum, hoc pacto emptioni-ven-
Qu. 57. ditioni adiecto, dominium nihilominus transferatur, an duntaxat commoditas percipiendi fructus tranſeat? expeditum non eſt? Et quod nec dominium, nec vllum ius reale, transferatur in emptorem; ſed obligatio duntaxat perſonalis ex huiuſmodi pacto naſcatur; ſequentibus rationibus confirmari videtur.

*An ex emptione vẽditione ſub pacto reuenditionis facta, trãſferatur dominiũ?*

1. Pactum de retrouendendo cum in continenti adiiciatur contractui veſtitur formãque ac naturam aſſumit, illique ineſt & pars dei ique eius efficitur *l.7. §.5. & 6.Digeſt. de pact.* Atqui ex contractu emptionis venditions non transfertur in emptorem vllum ius reale, ſed naſcitur exinde dũtaxat obligatio perſonalis *l.1. C.de act. empt.§ emptore.1.de empt.* Ergo & pactum hoc de retrouendendo, quod contractus emptionis-venditionis pars eſt eiuſdemque naturam aſſumit *dict. § quinimo. Digeſt. de pact.* nullum ius reale, ſed perſonalis duntaxat obligatio transferetur.

2. Acceſſorium non debet à principali diſſidere *c. acceſſorium de R.I.in ſext.l. cũ princip.ff.eod.* nec alia debet eſſe natura & cõditio diſtractus, q̃ cõtractus, ſed eiuſdẽ debet eſſe naturę acceſſoriũ, cui⁹ eſt principale, diſtractus, cui⁹ eſt cõtractus Bald. *in rubr.C.de pact.* Atqui emptio, vẽditio eſt principale, pactum de retrouendendo eſt acceſſorium: emptio-vẽditio eſt contractus; pactum vero de retrouendendo eſt diſtractus. Igitur eiuſdem hæc debent eſſe naturæ; & per conſequens ſicut emptio-venditio non parit ius in rem ſed obligationem perſonalem; ita & pactum iſtud de retrouendendo.

3. Pactum nihil aliud eſt niſi contractus, Bald. *in rubric.C.de pact.Gloſſ.in l.1.Digeſt.de obligat.& act.* vnde ſicut contractus obligationem parit perſonalem; ita & pactum.

4. Porro cognitum eſt, ex pacto de retrouendendo naſci tantummodo duas actiones, ſcilicet præſcriptis verbis & ex vendito *l.2.Cod.de pact.inter empt.& vendit.* Sed ambæ illæ actiones ſunt perſonales *§.1.I.de action.* quæ perſonam duntaxat ex contractu obligatam ſequuntur, nec ius in re vel fundo præbent *l. ſi hæres. Dig. ad Trebell.* Cui rurſus conſequens eſt, pactum de retrouendendo non transferre dominium nec vllum ius reale in emptorem, ſed ius duntaxat perſonale.

Cæterum pro contraria ſententia, quæ arridet Vdalrico Zaſio *lib.1.conſil.12. numer.40.* Mynſing.*6.obſeruat.70.* facit inprimis quod ex cauſa emptionis venditionis res tradita in emptorem transferatur eiuſdemque dominii efficiatur *§. vendita.I.de rer diuiſ.l.3.ff.de act. empt.* pacto autem de retrouendendo hoc minime agatur ne dominium in emptorem transſeat, ſed hoc ſolum vt à venditore, oblato quandoq; pretio, reſoluatur emptio & res vendita reſtituatur venditori eaque prioris efficiatur domini; id q̃ fieri & locum habere poteſt licèt dominium prius fuerit in emptorem trãſlatum *arg. l. 66. ff. de rei vindicat* vbi dicitur: *Non ideo minus*

*minus recte quid noſtrum eſſe vindicabimus quod abire à nobis dominium ſperetur, ſi conditio legati vel libertatis extiterit*: Sic igitur & res cum pacto retrouenditionis vendita non ideo minus noſtra erit & à nobis vindicari poterit quia abire à nobis dominium eius ſperatur oblato à venditore precio.

2. Et cum ex emptione-venditione per ſubſequentem traditionem dominium transferatur *d.§.vendita.* vtiq; idem dicendum erit quando pactum retrouenditionis acceſſit, vt quod, ſecundum diſſentientes ſit pars & acceſſio emptionis-venditionis eiuſdemque debeat eſſe naturæ & conditionis, cuius & principale.

His plane non aduerſantur argumenta diſſentientium ſupra recenſita: Nam *primum, ſecundum & tertium* hoc duntaxat probant, quod ex ipſa emptione venditione non naſcatur ius in re ſed perſonalis duntaxat obligatio exindeque perſonalis actio: id quod ſane veriſſimum eſt; ſed ex emptione, ſi traditio rei venditæ ſequatur, dominium transferri & emptori ius reale acquiri, manifeſtiſſimum eſt & probat textus apertus in *d.§ vendita l. de Rer. diuiſ.* Quocirca ſi res aliqua alteri ſub pacto de retrouendendo vendita & tradita fuerit, id quod ſemper fieri neceſſarium eſt, quotiens hoc pactum interponitur, dominium transferetur in emptorem eique ius reale acquiretur, cum, vt ſupra oſtenſum fuit, pactum iſtud emptioni-venditioni eiuſdemque naturæ ſeſe accommodare debeat vt ſicut ex venditione per ſubſequentem traditionem transfertur dominium; ita quoq; pacto iſtiuſmodi interpoſito.

Ad *Quartum* reſpondeo, actiones empti-venditi & præſcriptis verbis, quæ ex pacto de retrouendendo naſci dicuntur, non competere emptori ex pacto de retrouendẽdo, & ideo non arguere ex eodẽ pacto emptori ius perſonale duntaxat quæſitum eſſe, ſed competere venditori ad reſoluendam priorem emptionem venditionem, atque euincere quod ius perſonale ex præſenti pacto acquiſitum ſit venditori.

Vtrum pactum hoc reuenditionis ad heredes & ſucceſſores tranſeat, ita vt ſi heredes & ſucceſſores eius, qui ſub tali pacto rem quampiam vendidit, obtulerint quandoque precium, reſoluatur prior venditio & emptor cogatur heredibus venditoris reſtituere rem iſtam tali pacto venditam? *Lit. B.* Qu. 58. *An pactũ reuẽditionis & actio exinde deſcendens, ad heredes tranſeat?*

Pro Negatiua ſententia militant Hugo Donellus ad *l.2.C.de pact.inter empt.& vendit.* Franciſcus Zoannettus in *tract. de empt.vendit.ſub pact. retrouendit.n.4 & ſequentib.* qui ita ſtatuunt: ſi in pacto reuenditionis cautum fuerit vt non ſolum ipſi venditori, ſed etiam heredibus eius res vendita reddatur ſi precium ab ipſis oblatum fuerit: tunc ex pacto iſto, quo aperte comprehenſi ſunt, heredes etiam poſſint, oblato precio, rem à defundo venditam ab emptore auferre. Sin vero heredes pacto non ſint comprehenſi ſed ſolum ipſe defunctus, tunc non cogatur prior emptor, accepto precio, rem heredibus reſtituere.

Pro hac autem ſententia hoc primo argumentum proferunt. Conditio aiunt poteſtatiua ad heredes contrahentium non tranſit, quia debet implementum recipere à contrahentibus vel altero ipſorum, vere & formaliter *l.ſi decem cum petiero ff.de verbor. obligat .l.qui heredi, 44.in pr.l.93.ff.de condit. & demonſtrat.* Atqui ſi conditio hæc, ſi oblatum fuerit precium, quæ pacto reuenditionis continetur, ab herede impleretur, non eſſet quidem formaliter & proprie, ſed per fictionem impleta, quod fieri non debet *d.l.44*. Nam quandocunque heredes venditoris pecuniam obtulerint ſemper verum erit defunctum non obtuliſſe & non eſſe

Ee imple-

Digitized by Google

&ſucceſſores tranſeant,etiamſi heredum nulla mentio facta ſit. Nec quicquam in contrarium mouet quod reſpondet Donellus; Aliud eſſe obligationē,aliud conditionem,ſeu poteſtatem conditionis implendæ: obligationē ad heredes tranſire, quia ſit iuris: conditionem, ſeu poteſtatē conditionis implendę ad heredes non tranſire,quia ſit facti. Hæc, inquam,reſponſio argumentū hocce minime conuellit: quandoquidem nulla ratio alia,ob quam conditio, ſeu poteſtas implendæ conditionis,ad heredes non tranſit, dari poteſt,quam quia ſit facti; facta autem ad heredes non tranſeant: At hoc vtut de iure veteri obtinuerit,iure tamen nouo correctum & emendatum eſt in *d.l.veteris*,vbi etiam Imperator Iuſtinianus ratonē reddit,cur faciendi obligatio ad heredes hodie tranſire debeat, quia nempe factum promiſſum æque ab hæredibus,atq; à defuncto præſtari poſſit; & abſurdum inſuper ſit,quod in principalib. perſonis iuſtū reputatur,illud ad heredes nō tranſmitti.

Minus obſtat quod huic argumento noſtro reſpondet Donellus;quod dicitur omnes obligationes & ſtipulationes ad hæredes tranſire,id neceſſario ſic intelligendum eſſe, ſi modo ſit aliqua obligatio & ſtipulatio; Cum ad heredes tranſire non poſſit quod nullius eſt momenti. Talem vero eſſe conditionem,ait Donellus qua reſtitutio fundi promittitur ſub hac conditione ſi Lucius-Titius venditor pretium obtulerit, nec obtulit :proinde eo ante precium oblatum mortuo, promiſſionem ad heredes eius tranſire non poſſe quæ cœperit eſſe nulla.

Hoc dico plane non ſubuertit fundamentum hoc ſolidiſſimum: præſupponit quippe pro vero id quod falſiſſimū eſt, quod nempe euaneſcat conditio in certam perſonam collata, ea perſona mortua;quod principium eſſe falſiſſimum iā ſupra ex *d.l.veteribus.C.de contrah.& comm. ſtipulat.* planiſſime eſt demonſtratum.

Denique hanc ſententiam confirmat & iſta ratio quod eadem ſit perſona defuncti & hæredis. *pr.l.de ſtipul. ſeruorum*, & ideo ſi heres venditoris offerat precium,conditio impleta ipſique ſatiſfactū cenſeatur atque perinde habeatur ac ſi ipſe defunctus conditionem pacti adimpleuiſſet preciumque emptori obtuliſſet.

Non confundit hanc rationem Donelli reſponſio, qua reſpondit quod ratione eorum,quæ facti ſunt, defunctus & heres pro vna perſona non habeantur: ratione vero eorū dūtaxat quæ iuris ſunt, pro vna& eadem reputentur perſona *arg. l.cum heres.ff.de acquir.poſſeſſ. iunct. l.1.§.1.ff. eod.*

Hæc quippe diſtinctio olim quidem procedebat cum adhuc heres non ſuccederet in factum ſed iuris eſſet ſucceſſor: Hodie vero poſtquam non minus facta quam iura ad heredes & ſucceſſores deuoluantur *d.l. veteris. 13. C. de contrahend. vel committ.ſtipul.* idcirco non ſolum ratione illorum quæ iuris, ſed etiam reſpectu illorum quæ facti ſunt & in facto conſiſtunt, defunctus & heres pro vna habentur perſona.

His ita conſideratis nihil quicquam obſtant argumenta Donelli: Ad primum enim patet reſponſio ex hactenus adductis: Si enim ſtudioſe & diligenter inquiſiuerimus, cur olim conditio poteſtatiua, collata in perſonam defuncti, non tranſierit ad heredes & ſucceſſores, deprehendemus nullam eius aliam fuiſſe rationem, quam quod impletio conditionis ſit facti & in facto conſiſtat; facta autem ad ſucceſſores non tranſeant, *l.137.in fine. ff.de verbor.obligat.* Hæc autem ratio aperte mutata eſt per *dict. leg. veteris. Codic. de contrahend. vel committend. ſtipulat.* vbi ſancitur omnem obligationem etiam quæ in faciendo conſiſtit, ad heredes tranſire, quamuis here-



Digitized by Google

dum non ſit facta mentio; idque ideo, quia abſurdum ſit quod in principalibus perſonis iuſtum eſt, id ad heredes non tranſmitti; Cum non minus factum à defuncti heredibus, quam ab ipſo defuncto adimpleri poſſit: Illa ſubtili & ſupervacua ſcrupuloſitate exploſa per quam olim putarunt non eſſe poſſibile, factum ab alio compleri, quod alii impoſitum eſt: Quocirca hac ratione, quæ olim conditiones, in certam perſonam collatas, vetabat, ad heredes eius devolui, correcta & ſublata, dicendum eſt tales conditiones etiam ab heredibus iure adimpleri poſſe.

Idem plane ad vltimum & tertium Donelli argumentum reſponderi debet:

*Ad ſecundum* reſpondeo primo adductam *l.2.C de pact. inter empt. & vendit.* vnam eſſe è veteribus legibus, quibus derogat *d.l.veteris.13. C.de contrahend. & committend. ſtipulat.* Deinde argumentum, quod ex ea deſumitur, procedere & concludere à contrario ſenſu, cuiuſmodi argumentum vim concludendi non habet, quoties aliud in iure reperitur conſtitutum, vti hoc loco quẽadmodum ex prædictis patet. Relinquitur proinde quod pactum de revendendo, licet ſit conditionale, in heredes trãſire, quamvis in eo nulla ſit heredum mentio facta, quia tam facile conditio eius per heredes adimpleri poſſit atque potuiſſet per defunctum.

Sed numquid hoc pactum etiam ad particulares, ſiue ſingulares ſucceſſores venditoris tranſeat dubitatur? Et verius eſt iis hoc pactum non prodeſſe, quia pacta & actiones exinde deſcendentes aliis non proſunt quam cum quibus contractum eſt *l.27. §.4.ff.de pact. l.3. ff.de tranſact.* Tum etiam quia in perſonam actiones non tranſeunt ad particulares ſucceſſores *l.1.§.heres.ff.ad Trebell.* Ex pacto autem perſonalis oritur obligatio & actio *l.2.Cod. de pact. inter empt. & venditor.*

Hoc porro pactum de retrovendendo, ſeu potius actio ex eo deſcendens, cedi poteſt extraneo: id quod iuri communi plane convenit, quo cautum eſt, quod omnes actiones cedi & per ceſſionem in alios transferri poteſt. *l.3. & tot. tit. C. de hered. actionib.* & notavimus ſupra ad *theſ.4.lit.B.* Lit.C.

De pacto hoc retrovenditionis porro quæritur *anne perſonale ſit, id eſt vtrum perſonam ſolum emptionis, an vero etiam rem ipſam venditam afficiat*? ſiue, quod idem eſt, *vtrum ex hoc pacto duntaxat contra emptorem, an etiam adverſus tertium, qui rem tali pacto venditam poſſidet, actio detur?* Qu.59. *An pactũ de retrovendendo ſit reale & rẽ ipſã afficiat, an vero perſonale?*

Ea multorum eſt ſententia quod huiuſmodi pactum reale ſit ipſamque rem afficiant, ita vt ſi primus emptor rem ſub pacto de retrovendendo ſibi venditam rurſus alij vendiderit, tunc primus venditor poteſtatem habeat ſecundo emptori precium offerre eoque precium non accipiente, illud debito ac legitimo modo obſignare & deponere; vt hoc facto ſtatim ſecundus contractus & ius exinde ſecũdo emptori quæſitum, reſoluatur ac primo venditori rei vindicatio adverſus ſecundum emptorem cõpetat. Et ita ſtatuunt Authores à Treutl. allegati. Rationes autem, quibus moventur, hæ ſunt.

1. Prædium quotiens transfertur, intelligitur cum ſuo onere transferri *leg.2. & l. final. Cod. ſine conſenſ. vel reliq. leg. alienatio. Digeſt. de contrahend. empt.* Atqui in propoſito caſu, ex pacto retrovenditionis hoc onus impoſitum fuit fundo, ſub tali pacto vendito, vt reſtituendus eſſet primo ven-

Digitized by Google

venditori ſi pretium emptori offerret *l.2. Cod.de pact.int.empt.& vendit.* Igitur cum hoc onere cenſetur ad ſecundum emptorem translatus vt nimirum reſtituendus eſſet primo venditori pretium ipſi offerenti,& conſequenter, oblato pretio vtilis vindicatio primo venditori aduerſus ſecundum emptorem dabitur.

2 Accedit deinceps & hæc ratio, quod per pactum de retrouendendo dominium in venditoreẽx ſola pretii oblatione transfertur *l.13.ff.de pign. act. l. 10.§. 1.quib. mod. pign.* Cui conſequens eſt vt venditor,ita dominium recipiens, non minus aduerſus ſecundum emptorem, quam quemuis eius rei poſſeſſorem rei vindicationem habeat *l.23. & l.qui petitorio ff.de rei vindicat.*

3. Et quod non ſolum actio in perſonam aduerſus primum emptorem ſed etiam rei vindicatio, ſiue in rem actio primo vẽditori aduerſus ſecundum emptorem competat, probari videtur per *d. l.13.ff.de pignorat.act.* vbi dicitur, ſed & ipſe debitor(qui ſcilicet primus rem vendidit) aut vindicare poterit, aut in factum actione aduerſus emptorem agere.

Pro contraria opinione quod nempe pactum de retrouendendo ſit perſonale, nec rem venditam afficiat eiuſdemque poſſeſſorem ad reſtituendam rem obliget; hæc proferri ſolent argumenta.

1. Nam primo certi & expediti iuris eſt quod conuentio inter duos inita,tertio nec obſit,nec proſit,*l.27.§.4.ff.de pact.* in qua dicitur; ante omnia animaduertendum eſſe, conuentionem in alia re factam aut cum alia perſona, in alia re, vel alia perſona non nocere nec prodeſſe:ſecundum hanc itaque ſententiam pactum inter emptorem primum & primum venditorem initum de retrouendenda re vendita non nocebit ſecundo emptori nec eum obligabit ad rem emptam retrouendendam,& conſequenter primus venditor contra primum emptorem vel eius heredes ad intereſſe aget,non contra tertium poſſeſſorem & ſucceſſorem eius ſingularem.

2. Quin nec illud quenquam, vel mediocriter ſaltem in iure verſatum, latere poteſt,quod actio perſonalis,aduerſus ſucceſſorem ſingularem ex pacto anteceſſoris non detur *l.1.§.heres. ff. ad Trebell.* in qua dicitur æris alieni perſonalem actionem fundum non ſequi:iam vero ex pacto de retrouendendo naſcitur actio perſonalis & non realis *§.1.I.de act. l.2.C. de pact. inter empt.& vend.l.reb.Cod.de rerum permutat.* Quocirca actio ex pacto de retrouendendo non datur aduerſus ſecundum emptorem qui ſingularis ſucceſſor eſt primi emptoris rem ſub pacto reuenditionis ementis.

3. Inſuper cum inter emptorem & primum & venditorem pacto retrouendendo conuenit,vt eandem rem vẽditori, quandocunque aut intra certa tẽpora pretium offerenti reuendere emptor debeat;non hoc agitur vt res ipſa affecta ſit & inempta haberi debeat, oblato pretio, ſed hoc ſolum vt emptoris perſona obligetur ad reuendẽdum: proinde vltra hanc contrahentium & paciſcentium intentionem nihil operabitur eiuſcemodi pactum nec efficiet vt ipſo iure inempta ſit res dominiumque ſtatim ad primum venditorem reuertatur.

4. Et ſanè dictu abſurdiſſimum & in rem actionem ſeu rei venditionem ex pacto de retrouendendo dari primo vẽditori contra ſecundum emptorem,cum ex pacto nũquam naſcatur actio in rem, ſed ſolum actionem in perſonam: actio quippe in rem ex dominio petitoris & ex poſſeſſione poſſeſſoris naſcitur *§. 1. I. de actionib.l.23.in princ.& l.qui petitorio.ff.de rei vindicat.*

Nec dici poteſt quod rei vindicatio

caſu *d. l. 13.* ex conuentione emptoris & venditoris non fuiſſe actionem debitori acquiſitam, ſed ex facto & pacto emptoris, quo à debitore ſecundum conuentionem, inter ipſum & venditorem initã, pretium accepit & hoc ipſo ad rẽ ſibi venditam debitori reddẽdam obligauit; quæ conuentio in contractum innominatum do vt facias incidat, vnde actio iſta in factum ſeu verbis præſcriptis naſcatur *l. 5. & tot. tit. ff. de praeſcript. verb.* Sed vtraque Donelli & Goedd. reſponſio, admodum probabilis eſſe videtur.

Qu. 60. *Ad quem ſpectent fructus rei ſub pacto reuenditionis venditæ?* Quod ex emptione, ſub pacto de retrouendendo facta, omnes fructus ex re vẽdita ante oblatum pretium perceptos emptor ſuos faciat nec eos oblato pretio reſtituere venditori teneatur, expeditum & manifeſtum eſſe puto; idque duplici de cauſa: primo quia fructus ex re ſua perceptos dominus ſuos facit, ſibi acquirit & lucratur *l. qui fundum in pr. ff. de vſur.* Iam vero ante oblationem pretii emptor fuit dominus rei ſub pacto reuenditionis ſibi venditæ. Igitur ſuos facit fructus tum tẽporis perceptos, nec eos reſtituere vẽditori tenetur. Deinde omnia commoda rei venditæ ad emptorem pertinent & non ad venditorem *l. 1. ff. de peric. & commod. rei vendit.* Atqui ante oblatum pretium emptor fuit vtiq; adhuc emptor & emptionis titulo atq; iure rem poſſidet. Fructus igitur ex eo fundo prouenientes ad ipſum iure ſpectabunt.

Aliud ſtatuendum erit circa illos fructus qui poſt oblationem pretii prouenerunt; hos enim non ad emptorem, ſed ad venditorem pertinere, iuris ratio ſuadet: nam in bonæ fidei iudiciis poſt moram vſuræ debentur *l. Mora. §. in bonæ fidei. ff. de vſur.* Igitur multo magis fructus quia non ob aliam cauſam vſuræ ex mora accidunt quam quia vicem fructuum obtinent *l. vſura. ff. de vſur.* Atqui oblatio pecuniæ facit vt emptor in mora conſtituatur, cum offerenti venditori & fundum repetenti ſine iuſta cauſa reſtituere recuſat: hæc quippe oblatio & petitio interpellationem habet: interpellatus moram facit *l. mora. pr. Digeſt. de vſur.* Igitur oblatione pretii facta fructus, ex re vendita ab eo tempore percepti, reſtituẽdi erunt venditori. Accedit quod mora cuique ſua & non alii nocere debeat, *l. 173. Digeſt. de reg. iur.* in propoſito autem nocere venditori & non emptori mora emptoris, ſi hic venditori non cogeretur fructus à tempore factæ oblationis reſtituere.

Sed quid ſi venditor, pretio oblato, repetat fundũ maturis fructibus, vtrum fundum cum fructibus reſtitui debeat & fructus omnes vẽditoris lucro cedant, an vero inter emptorem & venditorem pro rata tẽporis, quo fundus poſſeſſus eſt ab emptore diuidi debeant? Et diuidendos eſſe fructus inter emptorem & venditorem communiter ferè ſtatuunt: & iſta ratione hanc ſuam ſententiam defendunt, quod fructus fundi dotalis, ſoluto per diuortium matrimonio diuidi debent inter maritum & vxorem *l. fructus. §. Papinianus & §. ex diuerſo. Dig. ſolut matrim. l. vnic. §. cum qua. C. de rei vxor. action.* pari itaque modo volunt fructus tempore oblationis adhuc in fundo pendentes, diuidi inter emptorem & vẽditorem pro rata temporis; vt ſi, verb. cauſ. tibi vendiderim fundum Calendis Octobris cum pacto illo retrouendendi; poſt decẽnium vero offero tibi pretium Calendis Iunii fundumque repeto; tunc principium huius vltimi anni, deberet ſimili modo à Calẽdis Octobris accipi: igitur, ſecũdum cõmunem opinionem vt qui illo anno, quo fundum mihi reſtitui peto, octo menſes poſſediſti fundum beſſem fructuum, ego vero trientem ferre debeo; ita tamen vt antequam huiuſmodi diuiſio fructuũ fiat, omnes ſumptus, qui gratia culturę & fructuum ſunt facti refundantur emptori *d. l. diuortio. ff. ſolut. matrim.*

Hugo

& plures annos adhuc precium offerre & rem venditam recuperare queat.

1. Etenim hæ dictiones, quandocunque, quocunque anno, ſemper, quoties placuerit &c. hunc in ſe habent effectum vt omnem omnino præſcriptionem excludant *l.1.in verb.* Ne rerum dominia ſemper ſint in incerto. *ff. de vſurpat.& vſucap.l.quod ſi nolit.§.ſi quid ita.ff.de ædilit. edict.* Nec enim quandocunque, quocunque tempore, ſemper id licere dici poteſt quod poſt triginta annos fieri amplius non poteſt.

2. Malæ fidei poſſeſſori nunquam currit præſcriptio *l. cum antiquos. Cod. de ſurt. cap.quoniam omne. de præſcript.* Atqui emptor qui ſe obligauit quandocunque recepto precio reſtituere rem venditam, nouit ſe ad eam reſtituendam eſſe obligatum habetque ſcientiam obligationis eſt in mala fide conſtitutus reſpectu præſcriptionis, nullo igitur tempore aduerſus hoc pactum præſcriptio curret.

3. Contra pacta conuenta nemo facere poteſt, vtpote naturali ratione prohibente *l.1.ff.de pact.l.1.ff.de conſtit.pecun.* Atqui in propoſito pacto reuenditionis placuit vt facultas eſſet venditori in infinitum oblato precio recipere rem venditam, & emptor precium offerenti debeat reddere rem venditam; Igitur contra fidem datam hanc venire & venditori facultatem repetendi denegare poſt longiſſimum tempus non licet.

Aſſumptio probatur inde quod dictiones, quãdocunq;, ſemper quocunq; tempore infinitatem ſignificent: hæc igitur infinitas cum præſenti caſu placuerit contrahentibus amplius non poteſt reſpui.

4. Si præſcriptio triennalis curreret aduerſus illud pactum ſic initum, fruſtraretur opinione ſua venditor, & deciperetur, ratus nimirum abſq; vlla vnquam temporis præfinitione aut meta ſe fundum redimere poſſe, quæ deceptio legibus improbatur *leg.1.§.Magiſtrum.ff.de exercit. act.*

5. Si in pacto certum tempus, puta quadraginta annorum, comprehenſum foret; intra quod venditori fundum redimere liceret; vtique ante illud tempus finitum nulla præſcriptio curreret *dict.l. quod ſi nolit.§.ſi quid ita.ff de ædilit.edict.* Ergo eadem ratio non præſcribetur vnquam vbi dictum fuit in perpetuum, ſemper & quandocunque offerre licere precium & offerenti rẽ reſtitui debere, quia tũc perinde eſt ac ſi finis huius pacti eſſet æternitas omnis æui.

6. Facultati implendi poteſtatiuam conditionem nullo vnquam tempore præſcribitur, ſecundum Bartolum in *l.pignori in fine pr.ff.de vſucap. per text.in l.fin.ff. de condit. inſtitut.* Atqui pactum de reuendendo confertur in liberam voluntatem venditorum hoc modo vt quocunque anno voluerint, poſſint redimere ab emptore fundos illos; habetque in ſe poteſtatiuam hanc conditionem ſi precium obtulerit venditor. Igitur facultas hanc conditionem adimplendi nullo vnquam tempore præſcribitur, nec vlla præſcriptione extinguitur.

7. In *l.in annalibus.C.de legat.* teſtatoris legatum factum mihi & heredibus meis, extenditur in infinitum vt relicti exactio non ſolum primis heredibus meis, ſed & heredibus heredum meorum in infinitum competat. Igitur eiuſmodi extenſio & apta declaratio etiam in præſenti pacto retrouenditionis admitti debet.

8. Denique cum pactum hoc admodum ſit fauorabile, vt quo efficiatur vt fundus venditus reuertatur ad manus prioris domini & ſic ad ſuam naturam, idcirco pleniſſimam debet recipere interpretationem, ſic vt nullius vnquam temporis ſpacio extinguatur.

Et ita ſtatuendum cenſent Fabianus de Monte in *tract.de empt.vendit.q.7.principium.*

*cip.n.*4. Franciſc. Zoannettus *in tractat.de empt.vendit.ſub pact.reuendit. nu.*28.*& ſequ.* Andr.Gailius practic. *obſer.lib.2.obſ.18.* Iohannes Borcholdt *in tract.de vſur.c.6.n.*18. Vdalricus Zaſius *ad §. Actionum l.de Action.* Ioachim.Mynſing. *in Reſponſ.iur.31.* Kôppen *deciſ.1.* Et hanc ſententiam in ſupremo Imperii tribunali receptam atque ſecundum eam quoque pronunciari ſolere, teſtatur Mynſing. *d.loco.*

Cæterum hæc ſententia, etſi communiori calculo ſit recepta & approbata, altera tamen propius ad veritatem accedere videtur; Nec moueor quicquam argumentis modo enarratis.

*Ad primum* enim reſpondeo, verba iſta *quotcunque anno, quandocunque, ſemper, quocunque tempore,* venditioni & oppignorationi adiecta, non impedire triginta annorũ præſcriptionem quia ſub hiſce verbis is latet ſenſus, ſi intra triginta aut quadraginta annos reluitio aut redẽptio fieret. Etenim dictiones iſtæ varie accipiuntur, vti ſubiecta materia ſuadet: In contractu namque ſocietatis quæ ſui natura ad heredes non tranſit, ſed morte ſocii finitur, ſi dictio perpetuum vel ſimilis poſita fuerit, vitam hominis non excedit *l 1.ff. pro ſocio. l.heres l.adeo eod tit.* ſi ad litem iudiciariam refertur vltra illius litis fatalia non progreditur *l.Ex ceptiones aut perpetuæ.ff.de except aut præſcrip.* Quando verſamur in præſcriptionum materia, modo ad annos triginta, modo ad quadraginta, modo ad breuius tempus extenditur. *pr. l.de perpet & temp.act.* At cum extra eos terminos à legislatore ea vox profertur, tunc vel pro dictione, generaliter, vel pro tempore infinito ſumitur *l ſi vſusfructus municipib.ff.de vſufr. legat. l.de Acceſſionibus.in pr.D.de diuerſ. tempor. præſcript.. l. Edita. Cod.de edend.* Quocirca & hic, cum de præſcriptione actionis, ex pacto de retrouendendo deſcendentis, quæritur verba iſta, perpetuitatis ſignificationem alias habentia, reſtringuntur merito ad certum tempus, aliis quoque actionibus præſcribendis præfinitum.

*Ad ſecundum* reſpondetur emptorem in propoſito caſu non eſſe in mala fide, quia iure dominii & optimo poſſidet titulo quamdiu precium ipſi non offertur; ponamus igitur quod intra triginta dies ipſi precium non fuerit oblatum dici non poterit quod interea mala fide aut doloſe poſſederit; cum hæc fuerit conuentio, inter ipſum & venditorem interpoſita vt tandiu retineret emptor rem venditam ſibique iure dominii eam haberet vſque dum precium ipſi à venditore oblatum fuerit. Deinde poſito quod mala fide poſſideat, non tamen eo minus pręſcriptio longiſſimi temporis ei procedet, vt ad quam bona fides de iure ciuili non ſit neceſſaria maxime cum de præſcribendis actionibus agitur *d.l.3.& 4. Cod.de longiſſ.temp. præſcript. 30 aut 40. annorum.* De iure equidem canonico ad omnem, etiam longiſſimi temporis præſcriptionem, deſideratur bona fides; ſed in hoc puncto ius canonicum non obſeruari infra loco opportuniori demonſtrabitur.

*Ad Tertium* argumentum reſpondeo pręſcriptionem longiſſimi temporis contra pacta- conuenta & actiones ex illis deſcendentes currere *d.l.3. & 4. Cod. de longiſſ. temp. præſcr.* exemplo ſint actio commodati, empti- venditi, locati- conducti & omnes actiones perſonales ex contractibus deſcendentes *d.l. ſicut.3.* Quid igitur abſurdi licet actio, ex retrouenditionis pacto proficiſcens longiſſimo tempore præſcribi dicatur? Quod autem id ſentientes præſupponunt pacto retrouenditionis id agi vt facultas eſſet emptori, in infinitum offerẽdi pretiũ & rem recipiendi, in eo manifeſte principium petunt, & contrarium eius ſupra fuit demonſtratum.

*Ad Quartum* argumentum expedita eſt.

reſpon-

reſponſio nempe venditorem in caſu propoſito non decipi, quia verba illius pacti declarari & interpretari debent ſecũdum ius commune, & verba contrahentium accipienda ſunt ſecundum naturam & equalitatem rei ſubiectæ *l.3.§.ſi quis heredi. ff.de ſtatulib.* Quare cum dictiones in perpetuum & quandocunque iure communi admittant præſcriptionem triginta annorum, qua perpetuæ actiones præſcribi dicuntur *tot. tit. I.de perpet. & temp. act.* non poteſt dici emptor decipi, niſi ſemetipſum falſa & vana ſua perſuaſione decipiat.

Quinto argum. nulla ineſt conſequentia: Concluderet quidem ſi verba iſta perpetuum, quandocunq; vel quocunq, tempore infinitum ſignificarent tempus, nullis terminis circumſcriptum: Iam vero ſupra plus ſatis oſtenſum fuit quod ad tempus determinatum referantur.

*Ad ſextum* argumentum duplex eſt reſponſio: primo enim falſum eſt quod allumitur, in illo pacto de retrouendendo eſſe cõditionem aliquam poteſtatiuam: Nam poteſtatiua conditio, ſicut alia quæuis fit per illas propoſitiones ſi, aut, cum; quarum nulla in pacto reuenditionis reperiri poteſt: Quanquam vero in pacto iſto virtualiter ac tacite continetur, ſi venditor obtulerit precium; illud non ex vi conditionis, ſed ex natura contractus accidit; alias agere contra emptorem vẽditor non poſſet *l.Iulianus.§ offerri. ff.de act empt. cap. illo vos. in verb.* Et ex forma contractus vẽditio non appareat conditionalis, ſed pura, quamuis per conditionem poſſit reſolui *extr. de pignorib.* Deinde, poſito quod poteſtatiua conditio iſto contineatur pacto: Attamen iſta conditio, ſi obtulerit precium, non erit in meram & plane liberam venditoris voluntatem ac poteſtatem collata, ſed in voluntatem reſtrictam ad certum tempus, ſiue certo tempore circumſcriptam & definitam; ita ſcilicet vt reſtitui debeat res ſub pacto huiuſmodi vendita, ſi intra longiſſimum tempus, ſiue intra tempus, actionibus inſtituendis præfinitum, precium obtulerit, vt ex prædictis intelligitur.

*Ad ſeptimum*, ex *l.in Annalib.* petitum, reſpondetur eam legem plane impertinenter huc allegari, vt in qua dictio quandocunque vel ſimilis non deprehendatur: Quin & ipſe Imperator ait illud ita pro teſtatoris voluntate ſeruari; eiuſque ratio obſcura non eſt, quoniam appellatione heredum alicuius, omnes in infinitum continentur heredes *l.fin.C.de hered. inſtituend.* Nõ igitur mirum videri debet præſtandum eſſe huiuſmodi legatum heredibus in infinitum, ſi ita teſtatori, qui pro libero arbitrio de rebus ſuis iure diſponit, viſum plane fuerit.

*Ad octauum* & vltimum argumentũ reſpondeo verum quidem eſſe, interpretationem illam quæ non reducit ad primæuam rei naturam eſſe fauorabilẽ & cumprimis amplexandum, velut quando res propriam habet naturam à lege aut ſtatuto tributam: Diuerſum autem eſt in noſtro caſu dicendum vbi per reuenditionem fundi non poteſt videri fundus ille magis ad priſtinam ſuam naturam redire ſi retrouendatur priori domino, quam ſi remaneat penes emptorem qui eſt ſecundus dominus: cum natura agrorum aliarumque rerum hæc ſit vt ſeruiat homini, cuius cauſa cunctæ res à Deo ſunt creatæ *l.in pecudum. ff de vſuris.* & cuilibet integrum ſit de rebus ſuis, prout voluerit, diſponere.

## Resolvtio Thesis *Vndecimæ.*

Ex contractu emptionis-venditionis naſcitur inter emptorem & venditorẽ obligatio, qua continetur quod venditorem emptori quodq; emptorẽ vẽditori pſtare oportet: Ex hac porro obligatione naſcitũ actio huius contract⁹ ꝓpria, qua alter ab



Digitized by Google

altero petere & conſequi poteſt, quod ex ea cauſa inuicem debetur. Vt autem ſunt in emptione duo, nempe emptor & venditor, ita diſtincti rebus & perſonis, vt venditor non poſſit eſſe emptor, neque emptor eſſe venditor: ita iis duæ proditæ ſunt actiones, rebus & perſonis conuenientes, emptori aduerſus venditorem actio ex empto *l. ex empto. ff. de act. empt.* Venditori aduerſus emptorem actio ex vendito *l. Iulianus. 13. §. ex vendito. ff. de act. empt.*

Actione empti tum demum experiri poteſt emptor aduerſus venditorem eiuſue heredem, quando ipſe precium obtulerit ſuaque ex parte contractum adimplere paratus fuerit. Ita quippe ICtus in *l. 13. §. offerri. ff. de action. empt. Offerri*, inquit, *precium ab emptore debet, cum ex empto agitur; & ideo ſi precij partem offerat, nondum eſt ex empto actio; venditor enim quaſi pignus retinere poteſt eam rem, quam vendidit.* Hoc tamen non eum habet intellectum quaſi actio non cōpetat precio nondum ſoluto: Cum enim emptio-venditio nudo conſenſu ſit perfecta nec ad ſui perfectionem deſideret precii ſolutionem, conſequens eſt vt ea perfecta pariat quoque actionem; poſita quippe cauſa perfecta in actu, ponitur quoque effectus. proinde oblatio precii ad hoc ſaltem deſideratur vt emptor actione ſibi competente efficaciter agere, nec exceptione à venditore repelli queat.

Ad hoc agit emptor actione empti vt rem venditam tradat venditor, aut ſi rem amplius non habeat doloque ipſius factum ſit quominus tradere poſſit, æſtimationem eius præſtet *l. 68. ff. de contrahend. empt.* ſed vtrum venditor vi huius actionis ad vacuam poſſeſſionem præſtandam cogi poſſit; ſupra fuit dictum. *Deinde* hac actione petuntur fructus ex re vendita à tempore emptionis venditionis perfectæ percepti: Hi enim ad emptorem & non ad venditorem ſpectant, cum ſtatim perfecta emptione omne periculum rei venditæ ad emptorem ſpectet, vnde æquum eſt vt etiam commoda eiuſdem rei percipiat *§. 3. I. de contrahend. empt. Tertio* eadem actione petuntur acceſſiones, quæ quaſi pars rei ſunt, veluti fœtus pecorum, partus ancillarum *l. penult. C. de act. empt.* item fructus pendentes venditionis tempore *l. 13. §. ſi fructibus ff. de act. empt.* quippe cum pendentes fructus pars fundi cenſeantur atque vna eademque res fundus & fructus eſſe intelligantur *l. fructus. 44. ff. de Rei vindicat. l. vlt. §. pen. ff. quæ in fraud. credit.* Quin etiam ſi quid ſeruorum operis aut Iumentorum vecturis quæſitum eſt; ſi quid ſeruorum peculio acceſſit, id hac actione exigitur *d. l. 13. §. idem ſi quid.* Quod ſi rem venditor non tradat, tum id quod emptoris intereſt, præſtare cogitur; id eſt vtilitatem, quæ circa rem eſt *l. 1. l. ſi ſterilis 21. §. 3. ff. de act. empt. l. cum venditorem. 10. Cod. eod. tit.* quanquam hoc non tam actione, quam officio iudicis contineatur. *l. ex empto §. idem ait. ff. de act. empt. Poſtremo* per hanc actionem empti exigitur vt venditor vitia vel onera rei, quæ ipſe nouit, declaret; Nec inſidioſe, obſcure quicquam diſſimulet *l. ea quæ. 43. §. vlt. ff. de contrahend. empt.*

Quod ad rei traditionem, quam actione empti peti dictum eſt, attinet, ius Saxonicum à iure communi non parum differet; Heres enim venditoris, eo iure non præciſe cogitur ad traditionem rei faciendam, ſed ſi rem præſtare & tradere nolit, liberatur reſtitutione precii & præſtatione intereſſurii, vt textus eſt clarus expreſſus in *art. 9. lib. 1. Landtrecht.*

Quod etſi Reinhardus in loco ab Authore allegato, ita accipiendum velit vt tunc demum emptoris heres præſtatione intereſſe & reſtitutione precii liberetur, quando rei ipſius tradendæ facultatē non

non habet: generalitas tamen textus refragatur.

Actione venditi venditor ab emptore ſequentia exigit: primo petit pretium rei venditæ nondum ſolutum *l. Iulian. 13 §. ex vendito. ff. de act. empt.* idque ſemper debetur quoniam nulla eſt emptio ſine pretio. *Secundo* petit id quod nominatim cõuenit vt emptor præter pretium venditori præſtaret cuius rei exempla propõnũtur *in l. tenetur. §. 1. l. Iulian. §. præterea. pr. l. ſi ſterilis. §. penult. & vlt. l. ſi mercedem antepen. & vlt. ff. de act. empt.* Quicquid eſt earum rerũ id ideo actione venditi peti poteſt, quia actio vẽditi bonæ fidei eſt, vt & actio empti *§. actionum. I. de act.* Nihil autem tam bonæ fidei congruit, quam ea ſeruare, de quibus conuenit. *l. ex empto. pr. Dig. de act. empt.* *Tertio* actione venditi exigit venditor quicquid in re vendita nondum tradita impendit, ne aut res periret, aut deterior fieret, vt ſi animalia ægrota curauit vel aliud, vt ſi quid refecit in ædib. quod refectione indiguit, ſi agrum venditum in tempore coluit, hæc quoque iudicio venditi conſequitur ab emptore *d. l. Iulianus. §. pterea ff. de act. empt.* Hęc obligatio ex eo eſt, quod vẽditor hos ſumptus neceſſe habet facere, coactus obligatione empti-venditi, vt dicendum ſit, eum per occaſionem venditionis hæc expendiſſe: nam venditor in re vendita omnem diligentiam & cuſtodiam debet *l. 3. ff. de peric. & commod. rei venditæ.* Iis autem verbis continetur vt venditor in re vendita omnia curet & faciat, quæ diligens paterfamil. in ſuis rebus faceret *l. ſi cum venderet. §. vlt. iunct. l. ea igitur ſeq. Digeſt. de pign. act.* *Quarto* quicquid occaſione rei venditæ ad emptorem peruenit, cuiuſmodi eſt ſi ſeruus venditus periculum ſurripuit & dedit emptori, id emptor vẽditori actione ex vendito reſtituere debet *l. quoties. & l. ſed ad exhibendum. Digeſt. de contrahend. empt.* Eiuſdem generis ſunt fructus, fructus, inquam, percepti ex re vendita ante venditionem, quos emptor re tradita vna cum re occupauit forte cum eos in villa reperiſſet, hos reſtituere emptor debet, quia commoda rei venditæ ea ſolum ad emptorem pertinent, quæ poſt perfectam venditionem contingunt *l. 1. ff. de peric. & commod. rei vendit.* Hæc autem iudicio venditi peti poſſunt, quia per occaſionem rei venditæ ad emptorem peruenerunt; ideo enim emptor occuparit quod in re vendita ſibi tradita reperit; in venditione autem contrahenda id agitur vt quemadmodum res vendita tradi debet emptori, ſic prẹter rem venditam nihil ad emptorem peruenire debeat. *Denique* in hoc iudicium venditi veniunt etiam vſuræ ex mora quam in ſoluẽdo pretio fecit emptor & de quibus præſtandis conuenit inter emptorem & venditorem *l. curabit l. fund. in fine. Cod. de act. empt.* Eſt enim bonæ fidei iudicium empti *d. §. actionum. I. de act.* Ex bonæ fidei autem iudiciis debẽtur vſuræ propter moram commiſſam *l. 32. §. in bonæ fidei. Dig. de vſur. & mora.*

Subiecit hoc loco Author noſter quęſtionem iuris Saxonici: cum enim hoc iure hypotheca immobilium rerum extraiudicialiter facta non valeat, ſed iudicis ſiue magiſtratus requiratur authoritas & conſenſus, quæritur hinc, venditor rei immobilis accepta parte precii, ſibi expreſſe reſeruarit hypothecam in re vẽdita donec reſiduum pretii ſolutum fuerit, an ea hypotheca extraiudicialis valeat, ita, vt beneficio huius hypothecæ aliis creditoribus, poſteriorem hypothecam iudicialem habentibus, præferatur? Qu. 62.

*An de iure Saxonico valeat extraiudicialis pactio vt donec integrũ pretium fuerit ſolutũ hypotheca loco retinere poſſit vẽditor rem venditã?*

Pro Affirmatiua, quæ Weſenbec. placuit, hæc videntur facere argumenta.

1. Certi & expediti iuris eſt ꝙ vnicuique liceat in alienatione rei ſuæ ius aliquod, abſque alia ſolennitate, excipere & ſibi retinere: cur igitur non & partem aut ius aliquod in ea ſibi retinere poſſet?

2. Atque huc etiam videtur pertinere textus in *l. fin. C. de pact. inter empt. & vendit.* vbi dicitur, valere pactum, ne liceat nouo domino in loco empto, vel alio modo ſibi conceſſo monumentũ cõſtruere, vel iure humano eum eximere, & additur ratio: cum etenim venditor vel alter alienator non alia lege ius ſuum transferri paſſus eſt, niſi tali fretus conuẽtione, quomodo ferendum eſt aliquam captionem ex varia eum pati interpretatione?

3. Cui accedit textus in *l. venditor fundi. ff. commun præd.* vbi, quãuis mari, quod natura omnibus commune eſt, ſeruitus lege priuata imponi non poteſt, valere tamen pactum dicitur, quo vẽditor fundi Heroniani fundo Botriano, quem retinuerat, hanc legem dixerat, ne contra eum piſcatio thynniaria exercetur.

4. Comprobat eandem ſentẽtiam id quod traditur, poſſe venditorem dominiũ quoq; rei venditæ quod plus eſt, ſibi ex pacto tã diu retinere, donec pretiũ integrũ ſit ſolutũ *l. 13. §. offerri ff. de act. empt.*

Veruntamẽ his non obſtantib. contrariam ſententiã veriorẽ & præiudiciis cõfirmatam eſſe dicit Dan. Moller. *lib. 1. Se-* *mestr. c. 4.* eamq; probari putat textu in *l. 1. in fine, iunct. l. ſequent. ff. de reb. eorum.* Nam ibi, etſi minor emiſſet prædia hoc pacto, vt, quoad pretium ſolueretur, pignori obligata eſſent venditori, reſpondit Vlpian. non valere pignus, propterea quod vbi dominium quæſitum eſſe minori cœpiſſet, non poſſet obligari.

2. Corroborat inſuper hanc eandem ſententiam & iſta ratio quod ratio, ob quã immobilia in terris Saxonicis, niſi in iudicio, obligari non poſſunt, vna tantum eſt, eaque in conſtitutione prouinciali expreſſa, ne ſcilicet debitor eandem rem pluribus obligans, eos decipiat. Quæ cum in propoſito caſu non minus atque alibi locum habeat, recte conſtitutio eo extenditur, quia vbi ratio expreſſa in lege, ſtatuto, vel conſuetudine, ius commune corrigente, vel etiam non expreſſa, vnica tamen, ibi ex idenditate vel maioritate rationis extenſio fiat.

His fundamentis non refragantur quæ ſupra in cõtrarium ſunt adducta: *Ad primum* enim reſpondet Daniel Mollerus: liberum quidem cuique eſſe vt res ſuas quibuſcunque voluerit conditionibus vẽdat, ſed ita vt id faciat adhibitis ſolennitatibus à lege, ſtatuto vel conſuetudine præſcriptis: ſic enim & teſtamenti factio libera cuique eſſe debet & donationes tam inter viuos, quam mortis cauſa, quamuis niſi adhibitis ſolennitatibus à legibus præſcriptis recte fieri non poſſit.

*Ad ſecundum* ex *d. l. final. C. de pact. int. emptorem.* petitum reſpondeo illud quidem pactum nec alicui locum ſuum dedicare liceat, aut ne ſibi in ſuo ſepelire mortuũ liceat, aut vicino inuito, prædium alienat non valere, vt Pomponius ſcribit in *l. penult. Digeſt. de pact. 20.* tamen caſu ſubſiſtere, quo pecuniariter intereſt paciſcentis ne alter monumentum erigat in ſuo aut locum religioſum efficiat, neue in loco ſuo conſiſtat; idque velle *d. l. fin.* verba ipſa oſtendunt: ex ea igitur lege non poteſt colligi quod pactio iure prohibita, ſi inita fuerit, ſubſiſtat, vt quæ de pactione licita minimeque prohibita loquatur.

*Ad Tertium* reſpond. conſequentiam negando: nam in *d. l. venditor.* pactio valet quia eſt de iure, rem familiarem paciſcenti concernente, cui licitum eſt renunciare: at nos de eiuſmodi iure loquimur quod vtilitatem & rem publicam magis, quam paciſcentis priuatam vtilitatem reſpicit. huic proinde renunciare licitũ non eſt *l. 14. §. ſi paciſcar. ff. de pact.*

*Ad quartum* & poſtremum reſpondeo: venditori concedi ſibi, vſque dum integrũ pretium fuerit ſolutũ, reſeruare dominium rei venditæ, quia hoc iure non prohi-

prohibetur facere: quin & hypothecam ei permittitur ſibi reſeruare *d.§.offerri.* verum contra expreſſam iuris prohibitionem hypothecam reſeruare eũ non poſſe; id quod hoc loco accideret, ſi hypothecam, omiſſis ſolennitatibus iudicialibus, in re immobili ſibi venditor reſeruare conaretur, cum hoc ius Saxonicum non permittat. Argumentum igitur procedit à diuerſis & ſeparatis, à quibus malè infertur. Equidem iure communi, quo etiam extraiudicialiter hypothecæ rerũ immobilium recte conſtituunt, quin valeat eiuſmodi hypothecæ reſeruatio, dubiũ plane nullum eſt *l.13.§.offerri.ff.de act. empt.* Atq; hoc iure optimam cautelã eſſe cum Fabiano de Monte pronunciat hic Author noſter vt inſtrumento venditionis hoc expreſſe inſeratur pactum, quod venditor dominium in emptorẽ non niſi pretio integre ſoluto transferre velit. Sed hæc cautela plane otioſa & ſuperuacua eſſe mihi videtur: ſiquidem, etſi hoc cautum non fuerit, non tamen dominium translatũ in emptorẽ cenſebitur, pretio integre non ſoluto *l. 13. §. afferri. ff.de act. empt.* iuri enim cõmuni in dubio eſſe conformaſſe cõtrahẽtes cenſentur, nec quicquam eorum ſuum iactare voluiſſe præſumetur *l. cum de indebito.ff.de probat.*

RESOLVTIO THESIS
*Duodecimæ.*

*Lit. A.* Qu. 63. *An ius accreſcendi ad heredes trãſeat?*

Coronidis loco ſubiicitur hic quæſtio difficillima & vſu frequentiſſima, vtrum ius accreſcendi ad emptorẽ hereditatis tranſeat; ita vt id quod poſt perfectã emptionem rebus hæreditariis accreſcit ad emptoris ſpectet emolumentum.

Verior mihi videtur Affirmantium ſententia; quæ primo hac confirmatur ratione, quod ratio & æquitas naturalis ſuadeant eum ſequi commoda, quem incõmoda ſequuntur *l. ſecundum. Digeſt. de reg iur.* Iam vero perfecta emptione venditione omne incommodum hereditatis venditæ ſpectat ad emptorẽ hereditatis, ita vt ſi aliqua res hereditaria perierit aut alia ratione diminuta hereditas fuerit, ipſe damnum ferat *§. 3. Inſtit. de empt. vendit.* Igitur ad ipſum quoque acceſſio & emolumentum hereditatis emptæ ſpectabit.

2. In *l.2.pr.ff.de heredit. vel act. venditi* Vlpianus, ICtus ſcribit; inter emptorem & venditorem hæreditatis hoc agi vt neque amplius, neque minus iuris emptor habeat, quam apud heredẽ futurum eſſet. Cum igitur apud heredem, ſi hereditatẽ non vendidiſſet portio deficens futura fuiſſet; idcirco & hanc iure accreſcendi ad hereditatis emptorem ſpectare, conſequens eſt.

3. Quin etiam hoc idẽ expreſſe confirmat Vlpian. in *l.2.§.4.ff.de hered. vel act. vendit. non tantum,* inquiens, *quod ad venditorẽ hereditatis peruenit, ſed & quod ad heredẽ eius ex hereditate peruenit, emptori reſtituẽdũ eſt, & non ſolum quod iã peruenit, ſed & quod quandoq; peruenerit, reſtituendum eſt.* Quod ſi itaq; & illud, quod tempore venditionis ad hereditatis venditorem nõ peruenerat, ſed poſtea quandoq; peruenerit, emptori hereditatis reſtituendum eſt, ſequitur quod & portio deficientis cohæredis, ad venditorem perueniens, nõ ſpectet iure accreſcendi ad venditorem, ſed ad hereditatis emptorem.

4. Inprimis vero huc facere videtur textus in *d. l.2.§.18.* vbi ita ſcribitur: *Cum quis debitori ſuo heres extitit, confuſione creditor eſſe deſinit, ſed ſi vendidit hereditatem, æquiſſimum videtur, emptorem hereditatis vicem heredis obtinere.* Quod ſi itaq; emptor hereditatis vicem heredis obtinet, vt hoc loco pronunciat Vlpianus, conſequens eſt quemadmodum deficientis heredis portio ipſi alias accreſcit heredi, ita & emptori hereditatis accreſcat.

5. Accedit his, quod portio deficiẽs

nom

non accreſcit perſonæ, ſed portioni: ita quippe Vlpian. in *l. 33. ff. de vſufruct. portio*, inquit, *functi velut alluuio portioni, perſonæ vſufructus accreſcit*: idque amplius confirmatur *l. 83. Digeſt. de acquir. heredit.* Apud quem igitur portio hereditaria eſt cui deficientis portio accreſcit, apud eundem quoq; deficiens portio eſſe debet. Atqui portio hereditatis reuera nõ eſt apud heredem & venditorem hereditatis ſed apud hereditatis emptorem, cui ea vendita & tradita eſt; igitur ipſi, & non venditori, deficiens portio accreſcit.

Et quanquam ad hoc argumentũ diſſentientes reſpondeant, venditorẽ hereditatis hoc ipſo quod pretium portionis habet, ipſam quoque portionem habere intelligi *l. 22. ff. de petit. heredit.* vbi dicitur, quod pretium in locum rei venditæ ſuccedat: hoc tñ non infringit noſtrũ argumentum: ſuperior enim regula, quod portio portioni accreſcat, accipienda eſt de vera portione; idq; colligitur ex comparatione, quam ibi ICtus inter partem deficiẽtem & alluuionem inſtituit, quia venditor fundi, etſi pretium habeat, non tamẽ lucratur id, quod per alluuionem fundo accedit *l. 7. ff. de peric. & commod. rei vendit.* Cum igitur emptor hereditatis portionem hereditariam reuera habeat & inſuper vicem heredis obtineat, adhuc dicendum videtur, quod ad ipſum ius accreſcendi tranſeat. Et hæc ſententia vera eſt quam etiam amplectuntur Franciſc. Duarenus *de iure accreſcend. lib. 2. c. 5.* Robert. *3. animaduers. 12. & in not. ad Mercat. lib. 3. c. 12.*

Non aduerſatur huic ſententiæ text. in *l. 2. §. 1. ff. de heredit. vel act. vendit.* vbi in hæc verba ſcribitur: *In hereditate vendita, vtrum ea quantitas ſpectetur, quæ fuit mortis tempore an ea, quæ fuit cum aditur hereditas, an ea quæ fuit cum hereditas venundatur, videndum erit, & verius eſt, hoc eſſe ſeruandum, quod actum eſt, plerumque autem hoc agi videtur, vt quod ex hereditate peruenit in id tempus, quo venditio fit, id videatur veniſſe.* Quocirca quod venditionis tempore nõ peruenerat ad heredem, etiamſi poſtea accreſcat, non intelligitur venditum, & cõſequenter ad emptorem hereditatis ſpectare cenſetur.

Hoc, inquã, non obſtat: quando enim in *d. l. 2. §. 1.* Vlpianus ſcribit, hereditate vendita, id intelligi venditum, quod ex hereditate prouenit in id tempus, quo venditio fit, hoc ita accipiendum eſt, non vt id, quod poſtea acceſſerit, non intelligatur venditum, ſed vt id omne, quod vſque ad tempus venditionis peruenit ad heredem, eundemque venditorem, venditum cenſeatur non præciſè illud duntaxat, quod vel mortis tempore vel aditæ hereditatis, in hereditate fuit. Hoc vero ita ſeſe habere, relucet ex iis, quæ in eadem lege Vlpianus proponit, quod nempe nec plus, nec minus venditum credatur, quam ipſe heres habiturus fuiſſet *princip. d. l. 2.* quodque non ſolum id, quod iam tempore venditionis peruenit, ſed etiam quod aliquando peruenerit, ad hereditatis emptorem ſpectet *d. l. 2. §. 4.*

Conſimiliter nõ refragatur quod portio deficientis adcreſcit, ei, qui heres eſt cum inter coheredes duntaxat ſit ius accreſcendi *l. vnic. C. de caduc. tollend.* Is autẽ qui hereditatem vẽdidit, ſit heres, & quidem talis, qui heres etiam extiterit: qui autem ſemel heres extitit, non deſinit eſſe heres *l. 88. Digeſt. de heredit. Inſtit. l. 43. §. fin. Dig. de vulg. & pupill. ſubſtitut. l. 2. C. de pact. l. 7. §. ſed quod. Dig. de minoribus.* Igitur portio deficientis heredis ipſi venditori, tanquam coheredi accreſcit: ad hereditatis vero emptorem, qui heres non eſt, non pertinet.

Reſp. enim: etſi venditor hereditatis etiam poſt venditionem maneat heres, emptorem tamen hereditatis vicem heredis obtinere *d. l. 2. c. 18.* adeoque pro herede haberi ac heredis iure gaudere, ipſique

Digitized by Google

ipſique potius quam venditori tribuendum ius accreſcendi,quia non ſolum vicem heredis obtineat, ſed etiam portionem hereditatis, cui deficiens portio accreſcit, poſſideat; cum venditor hereditatis præter nomen heredis, ex hereditate nihil amplius habeat. Non obſtat inſuper quod portio hereditatis ipſo iure maneat apud heredem, nec à perſona eius ſeparari vlla ratione queat,& hoc ipſo quod pretium ſuæ portionis habet, ipſam portionem habere intelligatur, *d. l.22.ff.de petit.hered.* Ei autem accreſcere debet portio deficientis heredis apud quem portio eſt hereditatis *l. ſi totam 13. ff.de acquir.heredit.*

Ad hoc quippe eodem modo, quo ſupra, reſponderi debet: Apud hereditatis venditorem reuera portionem hereditatis non eſſe, ſed apud emptorem & ideo cum portio accreſcat portioni, ei potius,qui portionem reuera habet quã qui precium duntaxat portionis habet& per hoc ipſam portionem habere ſaltẽ fingitur, deficientem portionem accreſcere.

Non mouet præterea quod ius accreſcendi non plus tribuere poteſt, quam teſtator dari voluit,ne faciat contra voluntatem teſtatoris, quod ex voluntate datur. Iure igitur accreſcẽdi nõ alii legatũ vel hereditas tribui poteſt quam ei cui dare teſtator voluit,vel qui ad perſonam eius propius accedit, hoc eſt, ſucceſſori directo iuris vniuerſi. Sciendũ namq; eſt, cum de iure accreſcendi quæritur, non ſpectari teſtatoris voluntatem, cum ius accreſcendi contra teſtatoris voluntatẽ à lege in hereditatibus & ſucceſſionibus inducatur: Nam ſi quid teſtator ſenſerit, quidque voluerit ſpectaremus, deprehendemus illum ne quidem ipſi heredi, ſeu hereditatis venditori deficientem portionem accreſcere, ſed eam ad heredem ſolum deficientem ſpectare voluiſſe: Non igitur in iure accreſcendi voluntas ſpectatur teſtatoris, præterquã cum de iure prælationis agitur.

Obiicitur etiam noſtræ ſentẽtiæ quod ius accreſcendi eſt onus obtingens etiam inuito, non merum commodum: ac proinde id vẽditione hereditatis ſubterfugere non poteſt heres, qui partem ſuam hereditatis adiit.

Sed ad hoc argumentum non eſt difficilis reſponſio: Etſi enim portio hereditatis deficiens non merum contineat lucrum & commodum, ſed onera quoque hereditaria deferat; idcirco tamen ad emptorem iure accreſcendi ſpectare debet, quia & eum ſequuntur pro portione emptæ hereditatis commoda & incommoda, lucra & onera hereditaria: Nec heres, ſeu hereditatis venditor ſubterfugere vlla ratione potuiſſet iſtud deficientis portionis onus, niſi per contractum emptionis venditionis in alium portionem ſuam hereditatis tranſtuliſſet, cui deficiens portio, onera & commoda hereditaria continens accreſcit.

Ita porrò diſſentientes argumentantur: Certiſſima, inquiunt, & infallabilis eſt iuris regula quod ius accreſcendi inter eos duntaxat locum habeat, qui ab ipſo teſtatore coniuncti ſunt.

Atqui emptor hereditatis non fuit cum eo, qui defecit à teſtatore, coniunctus ſed heres,qui vẽdidit hereditatem. Huic proinde, non vero illi portio deficiens accreſcere debet.

Verum reſpondeo;emptorem hereditatis non quidem coniunctum fuiſſe ab ipſo teſtatore heredi deficienti in hereditate: Sed tamen in hereditate empta heredem & eum qui à teſtatore heredi deficienti coniunctus fuit,repræſentare & vicem eius ſuſtinere, eiuſdem conſequenter iure gaudere, cum ſurrogatum ſapiat naturã eius,cuius in locũ ſurrogatũ eſt, & qui in locum alicuius ſucceſſit, in eiuſdem etiam iura ſuccedat.



Digitized by Google

Opponunt tamen diſſentientes aliam iuris regulam, qua dicitur ius accreſcendi in vltimis duntaxat voluntatib⁹, & nō etiam in contractibus locum habere *l. 110. ff. de verbor. obligat.* Igitur nec in emptione venditione hereditatis locum habere poterit.

Sed reſpondetur huic argumento, regulam iſtam, quod ius accreſcendi in vltimis duntaxat voluntatibus & non in contractibus locum habeat, exceptionem habere in emptione venditione hereditatis. Ratio autem exceptionis conſiſtit in eo, quod emptor hereditatis ſuccedat & ſurrogetur in locum heredis, & exinde vicem heredis ſuſtineat *d.l.2.* quodque portio, cui deficiens accreſcit, ſit penes hereditatis emptorem.

Quibus omnibus conſequens eſt ad emptorem hereditatis ſpectare ius accreſcendi, vt ad quem illud transferatur, in quo ius accreſcendi obtinet, hereditas videlicet.

Adducitur præterea & hoc argumentum: Inter eos, qui iure diuerſo ſuccedunt, non obtinet ius accreſcendi *l. ſed cum patrono Digeſt. de bonor. poſſ.* Atqui heres deficiens & hereditatis emptor diuerſo iure veniunt; ille iure ſucceſſionis & vltimæ voluntatis: Hic vero iure contractus. Proinde inter eos ius accreſcēdi obtinere non poteſt.

Veruntamen expedita eſt reſponſio & ſatis perſpicua ex prædictis: Deficiens enim heres & hereditatis emptor non cenſentur iure diuerſo venire: Nam emptor hereditatis cum vicem heredis ſubeat, & heredem repræſentet *d.l.2. §. 18.* ipſamque hereditatem, cui deficiens portio accreſcere debet, obtineat, reſpectu deficientis heredis pro cohærede habetur & iure hereditario ſuccedere cenſetur: iure ſane contractus emptionis venditionis non ſuccedit defuncto, ſed heredi hereditatem vendenti.

Sic etiam argumentantur: Quicquid ad fideicommiſſarium non tranſit, id multo minus trāſibit ad hereditatis emptorem, quoniam abſurdum eſt, plus iuris habere ſucceſſorem ſingularem, quam vniuerſalem; Iam vero fideicommiſſarium reſtituta ex fideicommiſſo hereditate, non ſequuntur ea, quæ poſt reſtitutam hereditatem acceſſerunt: Igitur hæc multo minus ad emptorem hereditatis pertinebunt.

Reſpondeo Cæterum animaduertēdum eſt, aliam eſſe rationem emptoris hereditatis, & aliam fideicommiſſarii; emptorem habere ius & cauſam ab herede eodemque venditore, non à teſtatore, fideicommiſſarium autem non niſi à teſtatore, licet per manus heredis: Hinc ſcilicet fieri vt plus iuris tribuendum ſit emptori, qui in omne ius venditoris ſucceſſerit ex ipſius venditoris voluntate, quam fideicommiſſarii, in quem nihil quicquam transferre voluerit heres, nec etiam quicquam transferre teſtator, niſi quod eſſet in fideicommiſſo. Ad hæc eſt etiam quod venditori imputari poteſt quod legem contractus non dixerit apertius & ius acceſcendi expreſſe ſibi exceperit *arg. l. 39. ff. de pact.*

Mouetur inſuper *l. Ex facto. §. fin. ff. de vulg & pupill. ſubſtit.* vbi ad eum, cui portio hereditatis aufertur & fiſco applicatur, pertinet portio deficiens, non autē ad fiſcum, qui alteram portionem habet. Conſimiliter itaque, etſi portio hereditatis ſit penes emptorem hereditatis, non tamen ad eum deficiens portio iure accreſcendi perueniat.

Verum huius argumenti imbecillitatem agnoſcunt & fatentur ipſi diſſentientes, ait enim Fachineus in caſu *d. §. final.* ſubſtitutionem cohæredis fuiſſe expreſſam, non autem fiſci, & cohæredem ſatis fuiſſe in eo punitum, in quo fecerit contra legem, vt inquit ICtus, nimirum

Digitized by Google

nimirum vt ſuam portionem amitteret propter fidem accommodatam de reſtituendo incapaci.

Hoc præterea modo cõtra ſuperiorem noſtrã ſententiã colligitur: Vẽditor hereditatis etiam poſt vẽditã & præſtitã, ſiue traditã hereditatẽ tenetur creditoribus hereditariis vt & legatariis *l. 2. C. de heredit. vend. & l. 2. C. de legat.* Igitur etiam poſt hereditatẽ venditam & traditam ius accreſcẽdi ad eundẽ pertinebit: Tum quia æquũ eſt vt qui ſentit incommodũ, ſentiat etiam incommodum *l. ſecundum. ff. de Reg. iur.* Tum etiam quia dum ad æs alienum hereditarium creditorib⁹ hereditariis exſoluendum tenetur, illum adhuc heredem eſſe oportet.

℞. Sed facilis etiam eſt huius argumẽti ſolutio, Creditores enim & legatarii ideo heredẽ, ſeu venditorem & nõ emptorem hereditatis conueniunt, quia heres idemq; venditor non potuit ius illorum contrahendo tollere aut mutare. *l. 25. cum ſeqq. C. de pact.* Nec in aliam perſonã transferre obligationẽ, quã ſemel, adita hereditate, ſponte ſuſcepit. §. *hered. I. de obligat. quæ quaſi ex contract. naſcunt.*

Denique obſtat textus in *l. ſi quis 4. §. fin. ff. ſi quis omiſſ. cauſa.* in quo ita Vlpianus ſcribit: Si quis vendiderit hereditatem, vtique poſſidere videtur, non dolo feciſſe quo minus poſſideat. Proinde cum venditor hereditatis adhuc poſſideat hereditatem, merito ipſi portio deficiens accreſcere videtur.

℞. Ex prædictis quippe patet venditorem hereditatis non proprie poſſidere hereditatem quam vendidit & alii tradidit, cuiuſque precium habet, ſed fingi ſaltem poſſidere quia precium, quod habet, in hereditatis venditæ locum ſucceſſerit: At vere poſſidere emptorem ſupra dictum eſt & per ſe patet: Vnde etiam ius accreſcendi ad eũ potius, quam ad venditorem ſpectare ſupra dictum & concluſum fuit.

Vtrum emptio venditio vno etiam nummo fieri poſſit? ſupra fuit tractatum. Et quidẽ negatiuam perſpicue confirmant textus in *l. 10. ff. de acquir. poſſeſſ. l. 46. ff. locati l. 38. ff. de contrahend. empt.* Et ratio huius non eſt obſcura, quia nempe vnus nummus non poteſt eſſe precium *d. l. 10.* emptio autem ſine pretio conſiſtere nõ poteſt *§. 1. & 3. I. de empt. vendit.* Tũ etiam quia emptio-venditio non eſt cõtractus gratuitus, vel lucratiuus ſed oneroſus: At ſi vno fieret nummo in donationẽ incideret & lucratiuus contractus exiſteret *d. l. 46. ff. locat.* Hæ rationes cum & nunc obtineant nec vſpiam mutatæ reperiãtur, nec etiam ſalua emptionis-venditionis natura & ſubſtantia mutari potuerint, ideo nec hodie emptionẽ vẽditionẽ vno numo fieri poſſe arbitror. *Lit. B. Quæſt. 64 An emptio poſſit fieri vno nummo?*

Nec moueor ratione Authoris noſtri in contrarium adducta: quod nempe olim ideo vnico nummo non potuerit emptio celebrari, quia & donatio debuerit fieri per vnũ nummo ad hoc vt dominium ex ea transferretur, ſecundũ Anton. Contiũ *1. diſputat. 16.* At hoc cum ſit hodie emendatum & donationes nuda donantis & donatarii voluntate perfici ſoleant *§. alia. I. de donat.* Idcirco, inquit Author noſter, hodie emptionem fieri poſſe vno nummo, quia nihilominus à donatione diſtinguatur.

Hæc, inquam, ratio non admodum magni eſt momenti, quandoquidem fallaciam cauſæ in ea manifeſte committi ex præcedentibus relucet: Non enim hanc, ſed alias fuiſſe rationes, ob quas non potuerit emptio-venditio vno celebrari nummo, patet ex *d. l. 46. ff. locati & d. l. 10. D. de a quirend. poſſ.*

Cæterum quomodo cum hiſce duabus rationibus concilianda ſit *l. 16. D. de iure dot.* ſupra oſtenſum fuit.

Si vni à duobus res quæpiã vẽdita fuerit ſub pacto de retrouendendo & vnus illorũ vẽditorũ offerat preciũ quæritur anne *Lit. C. Quæſt. 65 Si duobus ſub pacto reuenditionis ſit non res vendita & alter precii partem obtulerit, an teneatur emptor reuendere?*



Digitized by Google

anne hoc cogi emptor vni venditorum pretij partem offerenti, teneatur partem fundi ſibi venditi reuendere & reſtituere. ?

Et videtur prima fronte affirmatiua opinio amplectenda; 1. Quia *in l. ſi fundus 13. ff. de condit. & demonſtrat.* Conditio pluribus heredibus erat adſcripta & dicitur per partes eam ad impleri atque ita diuidi inter eos poſſe : Verba textus hæc ſunt : *Si fundus ſ. i. ui legatus fuerit, ſi pupillo vel furioſo pecuniam dediſſet : videtur expleſſe conditionem curatori, vel tutori dando.* Igitur ad propoſitum noſtrum recte hinc infertur quod conditio, ſi precium fuerit oblatum, quæ pacto retrouenditionis continetur, & in propoſito caſu pluribus adſcripta eſt venditoribus, diuiſionem recipiat & per partes adimpleri poſſit.

2. Idem quoq; ex *l. penult. §. 1. ff. de condit. & demonſtrat.* probari videtur: Nam ibi legatum erat relictum Titio, ſi Sumphoro & Ianuario centum præſtiterit: Huic conditioni priuſquam ſatisfieret, Sumphorus è viuis deceſſit; quæritur vtrum legatum perierit ? Affirmandum hoc videbatur, quia conditio iſta in perſona Sumphori adimpleri non poteſt, nec etiam diuiſionem admittit, ſic vt per partes in Ianuario poſſit adimpleri. Sed hac ratione non obſtante, concludit ICtus non periiſſe legatum, ſed conditionem, legato adiectam, diuidi & in perſona Ianuarii adimpleri poſſe; ita vt Titius legatũ accipiat, ſi dimidiam partem ſummæ in conditione comprehenſæ, quinquaginta videlicet, Ianuario præſtiterit. Idem igitur dicendum in propoſito, etſi conditio iſta, ſi precium fuerit oblatum duobus adſcriptum ſit venditoribus, eam tamen in vno pro parte adimpleri poſſe, eaq; impleta, pro parte fundum reſtituendum eſſe.

3. Confirmatur eadem hæc ſententia textu *l. 4. §. vlt. ff. de verborum oblgat.* vbi dicitur *petitionem fundi inter heredes ſtipulatoris & promiſſoris diuidi.* Atqui ex pacto de retrouendendo à pluribus venditoribus petitur res vendita reuendi. Igitur petitio iſthæc inter plures venditores diuidetur, ſic vt quisq; eorũ partẽ precii offerre & partem rei venditæ redimere queat. Cæterum contraria ſententia verior eſt & melioribus rationibus ſuffulta.

1. Etenim totiens diuiſio contractus & conditionis non admittitur, quotiens diuiſio non poteſt fieri ſine manifeſta debitoris iniuria, textus eſt bonus *in l. 5. §. fin ff. de verborum obligat.* Atqui fundi, ſub pacto de retrouendendo vni à pluribus venditi, reſtitutio, ſi diuideretur inuito emptore maxima iniuria afficeretur emptor; *Tum* quia precii, quod vna vice integrum ipſe venditoribus ſoluit, particularem ſolutionem accipere cogeretur, quæ non exigua incommoda ſecum ferre ſolet *l. 3. ff. fam. herc. ſc.* *Tum* quia cogeretur partem rei venditæ venditori offerenti partem precij reddere & reliquam partem retinere, & ſic communionem illius rei cum eo inire, ex qua communione ſolent naſci rixæ, diſcordiæ, contentiones & infinitæ aliæ incommoditates *l. 77. §. dulciſſimis. ff. de legat. 2. l. ſi non ſortem §. ſi communio. ff. de condit & demonſtrat.*

2. Qualis eſt natura contractus, talis etiam eſt natura & conditio diſtractus: Et quale eſt principale tale etiam eſt acceſſorium. *§. ſi alienam I. de Rer. diuiſ.* Iam vero emptio-venditio, non fit aliter niſi totum offeratur precium, nec venditor cogitur emptori rem tradere, ſi partem precii duntaxat obtulerit *l. 13. §. offerri ff. de act. empt.* Igitur & reuenditio quæ eſt acceſſoriũ & diſtractus emptionis venditionis aliter fieri poteſt, quam ſi totum precium viciſſim oblatũ fuerit, nec emptor vni venditori, partem duntaxat precii offerenti, partem rei ſibi venditæ reuendere cogetur.

3. Accedit

Digitized by Google

3. Accedit quod conditio poteſtatiua eſt indiuidua nec adimpleri per partes poteſt *l. ſi plures C. de condit. inſert.* Pactum autem reuenditionis, ſiue reuenditio ipſa conditionem in ſe continet, hanc videlicet ſi precium oblatum fuerit. Hæc igitur conditio diuiſionem non admittit nec per partes adimpleri poterit.

4. Inſuper in retrouenditione hoc continetur vt res vendita creditori tradatur & reddatur: Atqui obligatio rem tradi indiuidua eſt *l. Obligationes non diuiduntur. ff. de verbor. obligat.* Igitur reuenditio diuiſionem non admittit.

5. Denique conditio mixta, conſiſtens in dando & faciendo, appoſita in perſona duorum non poteſt impleri in perſona vnius *l. ſi ita fuerit. pr. & §. quæſtio hæc. ff. de manum. teſtam.* Sed conditio de emendo conſiſtit in dando & faciendo *l. Conſilio ff. de curator. furioſ.* Igitur diuidi & per partes fieri non poteſt.

Huic vero ſententiæ veriſſimæ & æquiſſimæ non aduerſantur argumenta in contrarium adducta: Nam ad primum & ſecundum reſpondeo: Conditionem pluribus ddſcriptam recipere diuiſionem & à ſingulis pro parte præſtari & adimpleri poſſe, niſi exinde damnum aliquod ſentiat debitor iniuriamue patiatur *d. l. 5. §. fin. ff. de verbor. obligat.* Atqui in caſu *d. l. ſi fundus 13. & d. l penult.* diuiſio fieri poterat ſine vlla iniuria alterius; merito itaq; diuiſio admittebatur: In præſenti vero noſtro caſu non poterat diuiſio fieri conditionis ſine manifeſta iniuria emptoris, vt ſupra luculenter demonſtratum fuit. Igitur diuiſio conditionis adimplendæ hic non admittitur.

Deinde *in d. l. ſi fundus & lege penult.* agitur de interpretatione conditionis adſcriptæ legatis & vltimis voluntatibus, quæ fauorabilior eſt quam interpretatio conditionis adiectæ conuentionibus & contractibus *l. in teſtamentis ff. de Reg. Iuris*: Igitur mirum non eſt ſi illic reſtringitur; hic vero extenditur & ampliatur.

FINIS

*Diſputationis Secundæ.*



Digitized by Google

# VOLVMINIS POSTERIORIS DISPVTATIONIS SECVNDÆ,

## De

## ÆDILITIO EDICTO, EVICTIONE ET REſcindenda Venditione,

### QVAESTIO


I. *Vtrum propter vitia animi iumentorum locum habeat edictum ædilitium.* 243

II. *An edictum ædilium ad locationem conductionem pertineat?* 244

III. *An edictum ædilitium in locatione ad longum tempus locum habeat?* 247

IV. *Quotnam & quæ actiones ex edicto ædilitio naſcantur?* ibid.

V. *An actio redhibitoria detur etiam aduerſus ignorantem venditorem?* 248

VI. *An redhibitoria detur emptori vitium ſupinè ignoranti aduerſus venditorem vitium ſcientem?* 249

VII. *Redhibitoria actio an ſit prætoria, an ciuilis?* 250

VIII. *Vtrum redhibitoria actio ſit arbitraria?* 251

IX. *Quare edictum non ſpectet ad fiſcales venditiones?* 252

X. *An & quare competant actiones redhibitoria & æſtimatoria, competentibus ex emptione-vendit. actionibus?* 253.

XI. *An vna ædilit. actionum alteram conſumat?* 254

XII. *An actio quanto minoris ſit duplex?* 255

XIII. *An æſtimatoria actio emptori etiam ſcienti vitiũ contractus tempore competat?* 256.

XIV. *Si Procurator aut filius, aut ſeruus vitium ſciuerint?* ibid.

XV. *An actio ædilitia in factum ſit perpetua?* 259.

XVI. *Quænam pœna ſit, ſi animalia circulatorum vel ioculatorum aliquem læſerint?* 260

XVII. *An Euictio ſit remedium odioſum, an vero fauorabile?* 261

XVIII. *Quænam ſit vera Euictionis definitio?* 262

XIX. In l. 56. ff. de Euict. *vtrum legi debeat ſimpla, an dupla?* 263

XX. *An nomine ſeruitutum, quæ in re vendita euincuntur, competat actio?* 264

XXI. *An donatio actionem euictionis nomine admittat?* 265

XXII. *An ſtipulatio duplæ moueat actionem ex empto de euictione competentem?* 269.

XXIII. *An ex ſtipulatione ſimplæ intereſſe emptor conſequatur?* 270

XXIV. *An de parte euicta actio detur?* 271

XXV. *An venditoris heredi, ſi pupillus ſit, denunciatio fieri queat?* 273

XXVI. *Quandiu poſſit fieri denunciatio?* 274.

XXVII. *An venditori notorie iniuſtam cauſam*

ſam fouenti denũciatio fieri debeat? 275
XXVIII. An venditori, qui iurauit ſe defenſurum emptorem, denunciandũ ſit? 228.
XXIX. Quomodo fieri debeat denunciatio? 281
XXX. An emptor, qui rem alienam eſſe ſciuit, habeat regreſſum? 282
XXXI. An emptor, qui ſciens rem alienam emit, precium recuperet? 283
XXXII. In quonam ſoro debeat venditor defendere emptorem? 284
XXXIII. In quonam foro Clericus venditor teneatur defendere emptorem Laicum? 285
XXXIIII. An fiſcus emptorem poſſit defendere in ſuo & priuilegiato foro venditorem? ibid.
XXXV. Cuiuſnam ſumptibus defendi debeat emptor? 286
XXXVI. An emptor conſequatur expenſas in libello non petitas? 287
XXXVII. An emptio venditio reſcindatur ex pacto de reſcindenda venditione ab initio interpoſita? 228
XXXVIII. An remedium l. 2. C. de reſcind. vendit. iure pandectarum fuerit cognitum? 289
XXXIX. Quænam actio competat ex L. 2. C. de reſcind. vendit. 291
XL. An beneficium L. 2. C. de reſcind. vendit. etiam ad emptorem ſpectet? 294
XLI. Quidnam per iuſtum precium ad quod emptor venditori ſupplendum obligatus eſt, teneatur? 295
XLII. An in venditione rei mobilis locum habeat L. 2. C. de reſcind. vendit. 296
XLIII. An locum habeat in venditione decreto iudicis facta? 298
XLIV. An locus ſit beneficio d. L. 2. quando res periit culpa emptoris? 299
XLV. Quomodo læſio probetur? 301
XLVI. An beneficium hoc etiam illi detur qui precium rei ignorauit? 303
XLVII. Quamdiu beneficium L. 2. C. de reſcind. vendit. competat? 305
XLVIII. An etiam ad diuiſiones extendi debeat? ibid.
XLIX. An etiam ad permutationes? 307
L. An locum habeat l. 2. C. de reſcind. vendit. in locatione conductione? 308
LI. An l. 2. locũ habeat in iurato contractu? 311
LII. An l. 2. ſit locus in tranſactione? 313
LIII. Vtrum beneficium l. 2. aduerſus tertium rei venditæ poſſeſſorem detur? 316
LIV. Quænam ſint ſimplaria venditiones? 318
LV. Si immineat euictio an ſatiſdandum generaliter an ſpecialiter. 319
LVI. An l. 2. C. de reſcind. vendit. ſpectet Emphyteuſin & feudum? 322

*RESOLVTIO*

# DISPVTATIONIS SECVNDÆ.

*De*

## Ædilitio Edicto, Evictionibus Et De Reſcindenda Venditione

*THESIS I.*

Lib. 4. DISPVTATIONIS huius ſecundæ parte priori abſoluta, nunc ad ſecundam ſiue poſteriorem eius partem tranſitum faciemus, tractaturi de Ædilitio Edicto Euictionibus & de Reſcindenda venditione.

Edictum

*Edictum Ædilitium* eſſe ius ab Ædilib⁹ magiſtratibus Romanis proditum & promulgatum, ipſum nomen ſatis teſtatur. Ædiles porro creatos fuiſſe anno.338 ab Vrbe condita, Author eſt Titus Liuius in *fine lib.6.* Ab eo autẽ dicti ſunt quod ædes ſacras & priuatas procurarent, teſte Varrone *lib. 4. de lingua Latina.* Curules vero iidem inde ſunt appellati quod inſiderent ſolio eburneo, curtui impoſito *§. prætorium. I. de iur. Nat. gent. & Ciuil.* Cicer. *lib. 3. de legib.* Gellius *lib. 3. c. 18. Noct. Attic.* vbi ait, ſenatores in veterũ ætate, qui curulẽ magiſtratũ geſſiſſent, curru ſolitos honoris gratia in curiam vehi; in quo curru ſella eſſet, ſupra quam conſiderent, quæ ob eam cauſam Corrulis appellaretur; eos vero ſenatores, qui magiſtratum currulem nondum cepiſſent pedibus itauiſſe in curiam, exindeque pedarios nominatos fuiſſe.

Iuriſdictio quænam illorum fuerit ex parte intelligitur ex *L. 12. tab.* vbi ita ſcriptum erat: *Suntoque ædiles curatores vrbis, annonæ ludorumque ſolennium Olliſque ad honoris amplioris gradum is primus aſcenſus eſto:* quæ verba legis *12. tab.* recitantur à Cicerone *loco modo citato.* Officium itaq; illorum erat ludos publicos exhibere illiſque præeſſe & ſacras priuataſque ædes procurare totam vrbem tueri vt cloacæ, aquæductus & quæque publica ædificia munda & integra eſſent, loca in theatro aſſignare, annonæ publicæ & conſequenter emptionibus-venditionibus præeſſe; ſi quiſpiam ſeruum aut iumentum morboſum, vitioſumve pro integro ſanoque vendidiſſet, emptori ſuccurrere Caballin. in *tractat. de Ædilit. edict. cap. 1.* Etſi vero Ædiles ab initio nec vocandi ius habuerint, nec manus iniiciendi, adeoq; nec lictores vllos, nec viatores, prætoriæ tamen iuriſdictionis partem magnam progreſſu tẽporis ſibi vſurparunt & vſu quaſi ceperunt, quod prætores vrbani, quia cauſarum multitudine vndique premerentur, facile ferebant: principio quidem vt iudices à prætoribus dati ad pecuniarum & ſuppellectilis diſtractionem, deinde ad prædiorum cognitionem, poſt etiam ad meretricias cauſas & fœminas proſtitutæ pudicitiæ, quibus corpore quæſtum facere non licebat, niſi apud ædiles publice profiterentur, vt quas libido non potuiſſet, verecundia publicæ profeſſionis contineret; quia vero poſtremis temporibus pudorem vna cum pudicitia exuerant nobiles etiam ac illuſtres fœminæ, quæ apud Ædiles profiteri non erubuerant, Tiberius Auguſtus, referente Tacito *lib. 2.* quæſtionem publicam in illas decreuit, quibus temporibus Ædilium Curulium repreſſa audacia eſt & quatenus quibuſue de cauſis iudicare ac prehendere liceret, legibus definitum, tametſi ſuæ originis principio nec vocationem viritim haberent, nec prehenſionem etiamſi plebis comitia habere poſſint; ita Iohannes Bodin. *lib. 3. de Republ.*

Habuerunt porrò Ædiles iuris condendi & Edicta proponendi poteſtatem vti præſens, de quo nunc diſſerimus, edictum demonſtrat, quæ iuris obtinuerunt authoritatem & pro parte iuris honorarii habita fuerunt *§. prætorum. Inſt. de iure Nat. Gent. & Ciuil.*

Cum igitur animaduerterent à venditoribus multas fraudes committi circa venditiones mancipiorum aliarumque rerum, vi iuriſdictionis & imperii ſui, propoſuerunt edictum quo occurrerent fallaciis venditorum & ſuccurrerent emptoribus; cuius edicti particula refertur in *lege 1. Digeſt. de ædilit. edict.* Verba autem hæc ſunt: *Qui mancipia vendunt certiores faciant emptores, quid morbi vitiiue cuique ſit, quis fugitiuus erroue ſit, noxaue ſolutus non ſit: Eademque omnia, cũ ea mancipia venibunt, palam recte pronuncianto. Quod ſi mancipium*

*aduerſus*

Digitized by Google

*aduerſus ea veniſſet, ſiue aduerſus quod dictum promiſſumve fuerit, cum veniret, fuiſſet: quod eius praſtare oporteri dicetur, emptori omnibuſque, ad quos ea res pertinet, iudicium dabimus, vt id mancipium redhibeatur: Si quid autem poſt venditionem, traditionemque deterius, emptoris opera, familia, procuratoriſue eius, factum erit, ſiue quid ex eo poſt venditionem natum adquiſitum fuerit, & ſi quid aliud in venditione ei acceſſerit, ſiue quid ex ea re fructus peruenerit ad emptorem vt ea omnia reſtituat, item ſi quis acceßiones ipſe praſtiterit, vt recipiat; item ſi quod mancipium capitalem fraudem admiſerit mortis conſciſcenda cauſa quid fecerit inue harenam depugnandi cauſa ad beſtias intromiſſus fuerit, ea omnia in venditione pronunciato: Ex his enim cauſis iudicium dabimus, hoc amplius ſi quis aduerſus eas ſciens dolo malo vendidiſſe dicetur, iudicium dabimus.*

Hugo Donellus, qui edictum ædilitium imperfecte & mutilatim *in d. l. 1.* propoſitum & recitatum fuiſſe ſtatuit, hoc modo ex *l. 44. §. 1. l. 19. §. fin. l. 55. l. 25. l. 29. §. 1. l. 31. §. 21. & ſeqq. l. 22. & l. 37. ff. hoc tit.* ſupplet, vt poſt hæc verba: *Omnibuſque ad quos ea res pertinet*, inſeruerit iſta ſequentia verba: *In eum, qui vendidit cuiuſue maxima pars in ea venditione fuit, in ſex menſibus, quibus experiundi facultas erit*, & hoc ex *d. l. 44. §. proponitur.* vbi Paulus hæc verba in edicto fuiſſe teſtatur, item ex *d. l. 19. §. vlt. & d. l. 55.* vbi edictum de certo tempore ſex videlicet menſium, intra quod hoc iudicium detur, conceptum ICti teſtantur. Deinceps poſt hæc verba edicti: *item ſi quis acceßiones ipſe praſtiterit, vt recipiat*, ſubiicit Donellus hanc clauſulam ex *l. 25.* ∴ *& quanta pecunia pro eo homine ſoluta, acceßioniſue nomine data erit, arbitrio iudicis non reddetur, cuiuſue pecunia eo nomine obligatus erit, non liberabitur; quanti vtraque res fuerit, in tantam pecuniam iudicium dabimus, vt condemnatio ſequatur; Idem aduerſus eum faciemus, cui volenti mancipium redhibitum fuerit.* Porro Donellus poſt hæc verba: *Ea omnia in venditione pronunciato*: ſubiicit: *Idem in natione cuiuſque mancipii faciunto* ex *l. 31. §. qui mancipia.* itẽ: *ne veteratorem pro nouitio vendunto*, ex *l. 37.* Denique poſt verba: *ex his enim cauſis iudicium dabimus*, vſque ad extrema iſta verba: *Hoc amplius*, ſubnectit Donellus verba quæ ſequuntur: *Ad extremum in ſupra ſcripta aliqua cauſa mancipium non eſſe emptori, ſi quid poſtulabit, cauento. Si contra factum erit ſiue quid ita conuenerit, vt niſi mancipium placeret, redhiberetur, de mãcipiis in emptis faciendis ob eam cauſam, quod cautum non erit in diebus duntaxat ſexaginta: de eo autem quod niſi placeat, redhiberi debet, etiam vltra id tempus, cauſa cognita iudicium dabimus itẽ omnium illarum rerum nomine, qua ſupra ſcripta ſunt, quanto minoris, cum venierint, fuerint, in anno: ſi quid autem, cum poſtularetur, cautum non erit, etiam in id, quod intereſt in ſex menſibus iudicium dabimus. De mancipio quod rei minoris venditioni acceſſerit, iudicium non dabimus*, ex *l. 32. 31. §. ſi quid ita. l. 28. ff. de adilit. edict.*

Hinc Autor noſter ita definit edictum ædilitium; quod ſit *ius honorarium, per quod rei tradita vitium redhibitio fit, vel quanti minoris ſupplementum,*

Ait Treutlerus in genere ob rei traditæ vitium, ex ædilitio edicto fieri redhibitionem: Etſi enim, teſte ICto Vlpiano in *l. 1. ff. de adili. edict.* Ædiles de aliis rebus, quam de mancipiis non edixiſſent, adeoque iſtud edictum de iumentis & ſeruis duntaxat, verbis conceptum fuiſſet, vi tamen ipſa & ſententia de venditionibus omnium rerum, tam earum quæ ſoli, quam quæ mobiles, aut ſe mouentes ſunt, pertineret; Vnde etiam ex paritate rationis per interpretationem ICtorum ad res alias quaſuis illud extenſum fuit. Idque ſatis luculenter teſtatur Vlpianus in *d. l. 1. pr.* vbi ait: *Labeo ſcribit edictum adilium Curulium de venditionibus rerum eſſe; tam earum, qua ſoli ſunt, quam qua mobiles aut ſe mouentes.* quæ verba Vlpiani

non ſane ita ſunt accipienda quaſi verbis expreſſis edictum de quibuſuis rebus fuerit conceptum: Alias ſiquidem verba edicti in *dict. l.* 1. recitata aperte refragarentur, vt quæ de mancipiis duntaxat & non de aliis rebus loquuntur, ſed hæc Vlpiani ſententia fuit quod vi ipſa & propter rationis paritatem, edictum illud ad cæteras quasuis res pertineat: Ratio enim edicti & ipſorum ædilium intentio hæc fuit, ne emptores à venditoribus deciperentur aut circumvenirentur, quæ in quarumuis rerum venditoribus peræque obtinet. Et quod ad fundum etiam ſpectet ædilitium edictum probat *l.49.ff. de ædilit.edict.* idemque ex *l.4.C.de ædilit.action.* relucet: Nam illic Imperatores Diocletian. & Maximin. hoc modo reſcribunt: *Si prædium quis ſub ea lege comparauit, vt ſi diſplicuerit, inemptum ſit, id, vtpote ſub conditione venditum, reſolui & redhibitoriam actionem aduerſus venditorem competere palam eſt, Idem obſeruatur & ſi peſtibilis fundus id eſt peſtibiles herbas, vel letiferas habens ignorante emptore diſtractus ſit: Nam & hoc etiam caſu per eandem actionem, eum quoque redhibendum eſſe, conſtat.*

Vbi quidnam per fundum, vel *herbas peſtibiles*, ſeu vt Cuiacius legit, *peſtiles*, intelligi debeat haut obſcurum eſt; ſemetipſos enim ſatis interpretantur Imperatores: Nam quod per fundum peſtilem intelligant fundum peſtiferas letiferaſque herbas producentem, claris & perſpicuis verbis ſignificant.

Ex edicto porro propter morbum aut vitium rei venditæ, vel redhibitionem fieri, vel agi ad ſupplemeutum eius, quo minoris emiſſet rem emptor, ſi de morbo aut vitio rei ipſi conſtitiſſet, verba edicti oſtendunt, & in ſequentibus prolixe apparebit.

Fit autem redhibitio propter morbum vel vitium, quo res vendita laborat: Quid autem morbus à vitio differat, quæritur: Et quidem Aulus Gellius *lib. 4.c.2.* ſtatuit vitii appellationem eſſe generalem vt quiſquis morboſus eſt, idem quoque ſit vitioſus: morbi vero ſignificationem eſſe ſpecialem: & *Morbum* definiuit omnem, aut totius Corporis imbecillitatem aut partis alicuius, quæ penitus rei vſum adimat, vt cæcitatem: *Vitium* vero ſi vnius alicuius partis corruptio & prauitas ſit, quæ non ex imbecillitate eius partis naſcitur, neque eius partis vſum auferat, vt ſi quis blæſus aut balbus ſit, ſi equus calcitroſus ſit aut mordax.

Alii ſtatuerunt *vitium* eſſe perpetuum, *morbum* autem acceſſu fieri & receſſu *l. inter. §. penult. ff. de verbor. ſignificat.* vbi *Modeſtinus ait*: *Verum eſt morbum eſſe temporalem Corporis imbecillitatem, vitium vero perpetuum corporis impedimentum* Cicero *libr.4. Tuſcul.quæſt.* morbum definit totius corporis corruptionem & imbecillitatem; vitium vero vnius alicuius partis membrorumue deprauationem.

Cæterum Vlpianus oſtendit, quoad præſens negotium, nihil eſſe differentiæ inter vitium & morbum & ſiue de morbo, ſiue de vitio quæſtio ſit, locum habere ædilitium edictum.

Illud recte hic monet Author noſter per *vitia* intelligi ab Aedilibus non vitia animi, ſed vitia ſolum Corporis *l.4.§.3. D. de ædilit. edict.* quo in loco ita Vlpianus ſcribit: *Idem Pomponius ait: quamuis non valde ſapientem ſeruum venditor præſtare debeat; tamen ſi ita fatuum vel morionem vendiderit, vt in eo vſus nullus ſit, videri vitium, & videmur hoc iure vti, vt vitii morbique appellatio non videtur pertinere, niſi ad corpora: Animi autem vitium ita demum præſtabit venditor ſi promiſit; ſi minus, non, & ideo nominatim de errone & fugitiuo excipitur*: *Hoc enim animis*

*mi vitium eſt, non corporis: vnde quid an iumenta pauida & calcitroſa morboſis non eſſe annumeranda dixerunt, animi enim, non corporis vitium eſſe:* Hinc itaque videtur eſſe concludendum, quod propter animi vitia non detur ex ædilitio edicto contra venditorem actio.

Queſt.1. *Vtrũ propter vitia animi iumentorũ locũ habeat edictũ?*

Cæterum Azo in *ſumma tit.Cod.de adilit. action.* eumque ſecuti Iohannes Sichardus ad *rubric.tit.Cod.de adilit.act.* Gaſpar Caballinus *in tractat. de ad lit. actione. c.2.num.28 & ſeq.* Statuunt, propter vitia animi quæ deprehenduntur in iumentis, locum habere edictum & exinde actionem dari: propter vitia autem animi, mancipiis inhærentia, non dari actionem redhibitoriam vel quanti minoris. Et hanc ſuam ſententiam, probat ex *l.bouem.ff.de adilit. edict.* Nam ibi Paulus *Bouem*, ait, *qui cornu petit, vitioſum eſſe, plerique dicunt; ita mulas, quæ ceſſum dant ea quoque iumenta, quæ ſine cauſa turbentur & ſemetipſa eripiunt, vitioſa eſſe dicuntur.* Vnde relucet quod propter animi vitia iumentorum locum habeat edictum, non autem propter vitia animi mancipiorum *d.l.4.§.3.* quem textum ad ſola mancipia vult Azo reſtrictum eſſe.

Cæterum Azonis & Sichardi hanc opinionem laudare non poſſum, propterea quia textus *d.l.4.§.3.* plane contrariatur: quandoquidem ibi diſerte dicitur, ſi iumenta pauida ſint vel calcitroſa eſſe animi vitium, ob quod non detur ex edicto actio: Et ſane ratio diuerſitatis, quæ quoad propoſitum ſit inter iumenta & mancipia, nulla penitus afferri poteſt: Cur enim propter animi vitia non poſſit fieri redhibitio ſerui, vt ſi vinarius ſit, aut mendax, aut auarus, ratio hæc adducitur, quod talia animi vitia non reddant vſum ſerui nullum; & deinde quia animi vitia, quæ multis ſimulationum inuolucris plerunque conteguntur, præſtare venditorem iniquiſſimum foret. Hanc vero rationem æque in iumentis atque in ſeruis venditis obtinere, quis non animaduertit? Hinc & Vlpianus in *l.38.§ 2.& ſequent.* ita ſcribit: *Loquuntur adiles hoc edict. de iumentis redhibendis: Cauſa autem huius edicti eadem eſt, quæ mancipiorum redhibendorum. Et fere eadem ſunt in his, quæ in mancipiis, quod ad morbum vitiumve attinet.*

Nec in contrarium moueor *dict.l.45. princ.* primo enim Paulus illic nihil quicquam affirmat, ſed opinionem duntaxat aliorum refert, quæ ab Vlpiano in *dict. l.4.§.3.* expreſſis verbis improbatur. Nec par eſt vt ex vno duntaxat loco de ſententia totius iuris iudicium feratur *leg. inciuile. 24.ff. de Legib.* ſed lex cum lege conferri & vna ex alia explicari & ſuppleri debet. Deinde non ſtatuit propter vitia animi iumẽtorum fieri redhibitionem, ſed docet ſolum quod animi vitia ſint ſi bos cornupetat, ſi mulæ ceſſum eant.

Quod autem dicitur propter animi vitia non fieri ex edicto redhibitionem, id non procedit quando eiuſmodi ſunt vt etiam corpus emptori reddant inutile *dict.l.4.§.3. leg.17.§.1. & 2.Digeſt. eod. titu.*

Quamuis vero de animi vitiis ex edicto regulariter actio redhibitoria non detur, actio tamen ex empto in id quod intereſt competit, ſi nempe aut venditor ſe præſtaturum eſſe vitium promiſit, aut, cum ſciret, id vitium reticuit. *leg. 4.§. idem Pomponius & ſequent. ff. de adilit. edict.* Donellus *tractat. de adilit. edict.cap.2.*

Ex tribus porro cauſis redhibitoriam actionem compeřere, Author eſt Iacobus Cuiacius in *paratitl. Digeſt. de adilit. edict.* Ex reticentia, ex dicto promiſſoue & quod ædiliciis ſtipulationibus non caueatur emptori. Ex *Reticentia*, vt ſi venditor morbum vitiumue rei



Digitized by Google

venditæ, quod latebat, quodque neſciebat emptor, reticuerit. Ex *Dicto promiſſoue*, vt ſi dixerit abeſſe aliquid, quod non abeſt, vel adeſſe, quod non adeſt *l. quod venditor. ff. de dolo*. Denique quod non repromittantur emptori ea, quæ in rebus venalibus edictum ædilium repromitti iubet; veluti fugitiuum non eſſe, recte ſanum eſſe.

Hugo Donellus *d. c. 2.* quatuor cauſas recenſet, propter quas fieri debeat redhibitio, *Vnam*, ſi quid morbi, vitiiue ſit quod non palam & recte venditor in re vendita pronunciauerit: *Alteram*, ſi quid dictum promiſſumue eſt in re vendita, quod præſtari oporteat, contra quod à venditore factum eſt *Tertiam*, ex conuentione ſi quid ita venierit, vt niſi placeret redhiberetur. *Poſtremam*, ſi de vitiis cuiuſque rei morbiſue emptori poſtulanti cautum non erit.

Inſuper ædilitium edictum etiam in acceſſoriis locum habet, ita quippe Vlpianus, *Reſtitui autem debet per hanc actionem etiam quod ei ſeruo in venditione acceſſerit*.

*Lit. F.* Ædilitii edicti non tantum duo, ſed tria eſſe capita, tradit Donellus, quorum *Primum* eſt de mancipiis: *Secundum* de Iumentis & omni pecore *l. 1. l. ædiles aiunt. ff. de ædilit. edict. Tertium* eſt caput quod ad emptionem nihil pertinet quo ædiles de omni nocente animali præcipiunt ne eo loco habeatur, qua vulgo iter fiat, & ſi contra factum erit, qua ex re nocitum erit, actionem certam eo nomine conſtituunt *l. 40. & ſequent. ff. hoc tit.* *Lit. G.*

*Qu. 2. An edictū ædilium ad Locationem conductionē pertineat?*

Quæſtio hic annectitur nobilis, difficilis & vtilis, vtrum ædilitium edictum ad emptiones duntaxat, an ad alios contractus, locationem-conductionem videlicet, pertineat? Hugo Donellus in tractat. *de ædilit. edict. c. 4* F..nciſc. Hotoman. *4 obſeruat. 17.* Caballin. *de ædilit. edict. c. 2. n. 7. & ſequent.* Bald. *ad L. 2. Cod. num. 7. & ſequent.* Argumenta quæ adduci pro hac opinione ſolent, hæc ſunt.

1. Redhibere, inquiunt, eſt efficere vt quod vtrinque habebatur, vtrinque reddatur *l. redhibere. 21. Dig. de ædilit. edict.* ideo commodiſſime poſt reſciſſam emptionem venditionem, re ab emptore, pretio à venditore reddito, redhibitio dicitur, quoniam vterque habebat: Nam *habere* verbum emptionis venditionis proprium eſt, obligatur enim venditor vt præſtet habere licere *leg. venditor. 8. Digeſt. de euict.* In locatione-conductione non dicimus *habere*, ſed *frui*: Nam locator obligatur vt præſtat frui licere *l. 9. l. 33. l. 15. Digeſt. locati.* neque qui locat dimittendæ, vel qui conducit adipiſcendæ poſſeſſionis animum habet *l. 37. Digeſt. de pignorat. act.* Non mirum igitur eſt, ſi, vbi non habetur, ibi non redhibeatur.

2. In emptione venditione par & habitionis & redhibitionis ratio eſt; Tantundem enim à venditore habet emptor, quantum ab emptore venditor, cum precium per æqualitatem quantitatis rem exæquet *l. 1. Digeſt. de contrahend. empt.* Itaque vt contractus parem vtriuſque rationem efficit, ſimiliter redhibitio, quæ contractus emptionis reſciſſio eſt, parem vtriuſque ſtatum efficit. Vtrumque in integrum reſtituit, quaſi neque emptio, neque venditio interueniſſet, hoc eſt, quaſi neque res à venditore, neque precium ab emptore traditum fuiſſet, *l. 23. §. Iulianus. leg. facta. 60. Digeſt. de ædilit. edict.* At in contractu locationis-conductionis diſſimilis eſt in vtramque partem ratio: Nam neque merces rem exæquat, neque ſi redhibitio fieret, par vtraque ex parte ratio

tio

tio eſſet: redderet enim inquilinus domum, hoc eſt ius vtendi per quinquénium: locator vero vel nihil, ſi nondum mercedem accepiſſet vel ſi vnius anni prorogatiuam accepiſſet; tamen quod redderet cum quinquennio comparandum non eſſet.

3. Confirmat eandem hanc ſententiam nou parum *l. qui bona 53. §. de illo ff. de damno infect.* vbi Sabinus: *Si conductor*, inquit, *ab initio vitioſas ædes conduxit, ſibi imputet: ſin ædes vitium poſtea fecerunt, ex conducto experiatur.*

4. Eodemque facit & *l. 19. §. 1. ff. locati.* vbi Vlpianus à Seruiano, Labeone, Sabino traditum teſtatur, ſi quis ſaltum paſcuum locauerit, in qua mala herba naſcatur, vt ſi ignorans id fecerit, ſimpliciter à contractu diſcedatur & penſionem non petat.

5. Quin & ratio, ob quam in emptione-venditione redhibitio eſt per ædilitium edictum introducta, deficit in locatione-conductione, vt mirum non ſit etiam ipſum redhibendi ius in eadem deficere: nam ideo dictum eſt ſupra ædilitiū edictum eſſe factum, ne, cum emptio ſic contrahatur vt emptor efficiatur dominus rei & res perpetuo ad eum maneat, emptor decipiatur re vitioſa aut morboſa: locatio autem dominium mutare non ſolet *l. non ſolet. Digeſt. de locat. conduct.*

6. Adde de hac re textum inſignem in *l. 63. ff. de ædilit. edict.* Cuius hæc ſunt verba: *Sciendum eſt ad venditiones ſolas hoc edictum pertinere non tantum mancipiorum, verum cæterarum quoque rerum. Cur autem de Locationibus nihil edicatur mirum videbatur: hac tamen ratio redditur vel quia nunquam iſtorum de hac re fuerat iuriſdictio, vel quia non ſimiliter locationes vt venditiones fiunt.* Ecce, hic non ſolum Vlpianus ædilitium edictum ad SOLAS venditiones ſpectare dicit; ſed etiam quod ad Locationem-conductionem non pertineat, duplici ratione confirmat. Veruntamen Iacobus Cuiacius & Althuſius in locis, ab Authore allegatis ſtatuunt ædilitium edictum etiam in locatione-conductione locum habere, idque hiſce ſequentib. fundamentis ſtabiliunt.

1. Locatio, inquiunt, emptioni ſimillima eſt, adeo, vt iiſdem iuris regulis conſiſtere dicatur *l. 2. ff. de locat. conduct.* Igitur cum & hæc ſit regula emptionis-vēditionis, ædilitio edicto prodita, quod, re vitioſa, ſiue morboſa vendita, redhibitio fieri poſſit; conſequens eſt, eandem quoque iuris regulam in locatione-conductione obſeruari debere.

2. Accedit quod ratio ædilitij edicti non minus in locationibus-conductionibus, quam in emptionibus venditionibus locum ſortiatur: nam vt bonæ fidei congruit emptorem re vitioſa aut morboſa non decipi, nec circumueniri; ita quoque bonæ fidei, quæ in locatione-conductione non minus ſpectari debet, conuenit, vt conductor re morboſa vitioſaue non decipiatur damnumue ſentiat. Vbi autem eadem eſt ratio iuris, ibi quoque eadem plane eſt iuris diſpoſitio.

3. Et ſanè ſi ædes in quinquennio conduxero & primo anno deprehendero eſſe peſtilentes, inſalubres, malè ſanas, æquitas ipſa ſuadet licere mihi agere redhibitoria vt locator meus ſuas ædes recipiat, mihique mercedem, ſi quam accepit, reddat, vel ſi nondum accepit illam non exigat, ſed remittat.

4. Denique adducitur etiam textus ex *L. antepenult. Cod. de locato cond.* Cuius hæc ſunt verba: *Hæc conſtitutio permittit vtrique tam locatori, quam conductori, vt liceat intra annum conductionem ſoluere, tam in Italia, quam in omnibus prouinciis, ac ne pœnam quidem, velut ex tranſgreſſione præſtare: niſi contractus initio ſpecialiter huic legi valedixerint, aut citra ſcripturam renunciarint.*

Ego, quamuis huic conſtitutioni, vtpote Imperatoris & Authoris incerti & à Iacobo Cuiacio *12. obſ. 38.* reſtitutæ, parum fidei vel Authoritatis tribuendum exiſtimem, poſteriorem tamen hanc ſententiam amplecti nõ dubito; nec tanti ponderis aut momenti contrariis argumentis ineſſe exiſtimo vt hanc opinionem veriſſimam ſubuertere aut labefactare queant.

Nam, quod *ad primum* attinet, reſpondendum exiſtimo, in vſu iuris haberi dici, non ſolum quod dominii, ſed quod iure quocunque tenetur, vti docet Vlp. in *l. 38. §. 3. & ſequent. ff. de verbor. oblig.* cum itaque conductor rem conductam iure locationis conductionis habeat, quid, obſecro, impedit quominus eãdem rem locatori redhibere valeat?

*Ad ſecundum* quoque facilis reſponſio: quod enim illic de emptione venditione dicitur, idem quoque de locatione conductione verè afferi poteſt: ſicut enim pretium per æqualitatem quãtitatis rem venditam exæquat; ita quoq; in locatione conductione merces, ſiue penſio exæquat vſum rei locatæ per contractum locationis conductori prius conceſſum inque eum translatum: penſio quidem rẽ ipſam nõ exæquat, ſed nec exæquare debet, cum non pro re, ſed pro vſu rei pendatur, ſoluatur.

Sicut deinceps in emptione venditione redhibitio parem vtriuſq; & venditoris & emptoris, ſtatum efficit, & vtrumque in integrum reſtituit, quaſi neque emptio, neque venditio interueniſſet, hoc eſt, quaſi neque res à venditore, neque pretium ab emptore traditum fuiſſet; ita quoque redhibitio rei locatæ parem conditionem vtriuſque & locatoris & conductoris conſtituit, & vtrumq; in priſtinum & integrum ſtatum reſtituit, ita vt neque locatio, neque conductio vnquam interueniſſe, nec res à locatore vtenda, neque merces ſiue penſio à conductore data fuiſſet. Et ſanè Locatori ædes, quales acceperat conductor reſtituit; Locator vero penſionem, quam à conductore acceperat, ipſi reddit; quod ſi nullam penſionem acceperit, nihilominus redhibitio fieri poteſt: quid enim ſi emptor rei vitioſæ aut morboſæ pretium nondum perſoluerit, cum fides ei à venditore habita fuerit, aut ipſe venditori, fideiuſſore aut expromiſſore dato, ſatisfecerit? Anne redhibitio fieri nõ poterit? Nemo ſanè hoc ſtatuet: & num propterea qui conductori nihil viciſſim reſtituitur, non dicentur ipſe & conductor in integrum & priſtinum ſtatum reſtituti?

*Ad Tertium* reſpondetur *dict. leg. 13. §. de illo. Digeſt. de damno infect.* intelligendam eſſe de eo qui ſciens vitioſas ædes conduxit, huic enim poteſt imputari quod tales conduxerit, & quod damnum exinde ſentit, cum ſua culpa ſentiat, ne quidẽ ſentire videtur *l. quod quis. Digeſt. de regul. iur.* At ignoranti nulla eiuſmodi culpa poteſt imputari & ideo reſtitutionem ruinoſarum ædium facere non prohibetur.

Id quod etiam *l. 9. §. 1. locati.* quarto loco pro contraria opinione allegata, ſatis luculenter confirmat, quæ etiam magis patrocinatur ſententiæ noſtræ, quam aduerſatur.

*Ad quintum* reſpond. parem eſſe quoad præſens negotium, emptionis & locationis rationẽ; id quod & ſupra fuit demonſtratum: ſicut enim emptor in emptionis contractu decipi & circumueniri nõ debet; ita nec conductor: at circumueniretur vtique contra bonam fidem, quæ æq; in locatione, atque in emptione vẽditione dominatur, *tit. 1. de oblig. quæ ex conſenſ.* ſi vitioſas ædes ſibi locatas pro penſione retinere cogeretur.

*Ad ſextum* & poſtremum reſpondeo: etſi ICtus Vlpianus in *d. l. 63.* ſtatuat ędilitium edictum ad venditiones ſolas pertinere,

tinere, non tamen ex eo validè inferri poteſt quod non etiam ad alios referri & accommodari debeat contractus in quibus eadem obtinet ratio, quiq; emptioni venditioni proximi eſſe & iiſdem regulis iuris contineri dicuntur; cum particulæ taxatiuæ ſiue excluſiuæ vim habeant excludendi ſaltē ea, in quib. diuerſa ratio eſt, non vero illa, in quibus eadē, par, aut maior militat ratio, vt alibi prolixius hoc demonſtraui. Et hoc veriſſimum eſſe probat exemplum permutationis, ad quam ædilitium edictum pertinere, author eſt ipſe Vlpianus in *l.19.§.6.Digeſt. de ædilit.edict.* ita ſcribens: *Deinde aiunt ædiles: Emptori omnibusque, ad quos ea res pertinet, iudicium dabimus pollicentur emptori actionem & ſucceſſoribus eius, qui in vniuerſum ius ſuccedunt. Emptorem accipere debemus eum, qui pretio emit, ſed ſi quis permutauerit, dicendum eſt vtrumque poſſe ex hoc edicto experiri.* Quapropter cum particula excluſiua in *d. l. 63.* non excludat permutationem, quia ſimilis eſt emptioni venditioni *l.1.Digeſt.de permutat.* ideo nec locationem-conductionem excludet, quæ & ipſa emptioni proxima eſſe & iiſdem regulis contineri dicitur *dict.leg. 2. Digeſt. locati.* Deinde; etſi ex ſententia Ædilium, edictum, quod ædilitium vocatur, ad venditiones duntaxat ſpectarit, necillud aliis in contractibus obtinere voluerint, quoniam iuriſdictio illorum ad venditiones fuerit reſtricta nec ſeſe ad locationes conductiones porrexerit; hodie tamen ex paritate rationis edictum iſtud, vt quod vim legis & conſtitutionis Imperialis obtineat, & ex mente ſententia & Authoritate Imperatoris æſtimari debet *l.2.§. tanta. 10. Codic. de vet. iure enucleand.* non minus atque aliæ leges per interpretationem extendi & alios contractus, quorum eadem eſt cum emptione venditione ratio, extendi & porrigi debet, quemadmodum extenſio eius edicti facta eſt ad permutationis contractum in *dict.leg.19.§.5.* Denique non hoc vult in *d.l.63.* Vlpianus, quod edictum ædilitium hodie ad locationem porrigi nequeat, ſed id ſolum ſignificat, ipſos ædiles iſtud edictum ab initio de ſola emptione-venditione propoſuiſſe, quia ad locationem ipſorum iuriſdictio ſe non extenderit & quia contractus locationis ab emptione diuerſus & diſtinctus ſit; id quod ſanè nemo negat; ſed exinde inferri non poteſt, quod accommodari ad locationem conductionem non poſſit: ita quippe nec ad permutationem extendi valeret; id quod *dict. leg. 19. §. 5.* repugnaret.

Cum igitur hactenus, remotis & diſſolutis contrariis argumentis, demonſtratum ſit, in locatione conductione locum eſſe ædilitio edicto, dubitare amplius non licet, quin multo magis in locatione, ad longum tempus facta, obtineat; id quod recte Baldus & Caballinus ſtatuunt; quamuis ratio illorum, qua iſtud confirmant, quod nempe ex ea transferatur dominium, mihi non placeat, nec vera eſſe videatur: *Tum* quia principium iſtud falſiſſimum eſt *l. 80.§.fin. Digeſt. de contrahend. empt. & l. 65. eod. l. 1. §. 1.Digeſt. ſi ager vectigal.* *Tum* etiam, quia locus ſit ædilitio edicto non eſt neceſſarium vt translatum ſit dominium rei de qua redhibitoria actione agitur, prout ex modo dictis liquet. Qu.3. *An edictū ædilitium in locatione ad longū tēpus locū habeat?*

*RESOLVTIO THESIS Secunda.*

Ex ædilitio edicto duæ oriuntur actiones, *Redhibitoria* & æſtimatoria: redhibitoria actio dicitur qua agitur ad redhibendam, hoc eſt ad recipiendam rem venditam & reſtituendum pretium. *Æſtimatoria* qua agit emptor ad hoc vt quanto pluris emiſſet in id venditor ſibi damnetur. *Lit. A.* Qu.4. *Quotnā & quæ actiones ex ædilitio edicto naſcantur?*

Hugo

Hugo Donellus in *d. tractat. c. 5.* ſtatuit, ex ædilitio edicto tres eſſe conſtitutas actiones: ***Vnam*** ad redhibendam rem quæ diſtracta eſt: ***Alteram*** in id quanto minoris res fuerit, quam vendita eſt. ***Tertiam*** in id quod intereſt emptoris rem vitioſam ſibi venditam non fuiſſe.

Quod autem præter duas iſtas actiones competat etiam tertia ad intereſſe, probatur ex hiſce verbis edicti: ***Hoc amplius ſi quis aduerſus ea ſciens dolo malo feciſſe dicetur, iudicium dabimus:*** aiunt quippe Ædiles hoc amplius, hoc eſt, præter ſupraſcriptas illas, de quibus diximus & quas intra certum tempus propoſuimus, etiam in eum, qui ſciens fecerit, iudicium vti quæque res erit, dabimus: quod non aliud eſſe poteſt, quam in id quod emptoris intereſt, etiamſi tanti res non valeat.

Sed & Antoninus Imperator in *l. 1. C. de Ædilit. act.* hoc non diſſimulat in *l. 1. Cod. de Ædilit. act.* ita ſcribens: ***Si non ſimpliciter, ſed conſilio fraudis ſeruum tibi neſcienti fugitiuum, vel alio modo vitioſum quis vendidit, iſque idem fugitiuus abeſt, non ſolum in pretium ſerui venditorem conueniri, ſed etiam damnum, quod per eum tibi accidit, competens iudex, vti iam pridem placuit, præſtari iubebit.***

*Lit. B.* Redhibitoria, vt nomen ipſum ſatis indicat, dicitur à redhibendo: ***Redhibere*** autem eſt facere vt rurſus habeat venditor quod habuerat: ita quippe in *l. 21. ff. de ædilit. edict.* Vlpianus ſcribit: ***Redhibere & facere vt rurſus habeat venditor quod habuerit, & quia reddendo id fiebat idcirco redhibitio eſt appellata quaſi redditio.***

Datur vero hæc actio emptori eique ad quem ea res pertinet eiuſdemque heredibus & ſucceſſoribus: itemque ei qui permutauit, *l. 19. §. 5. ff. de ædilit. edict.* ***Deinde aiunt Ædiles emptori omnibusque ad quos ea res pertinet, iudicium dabimus. Pollicentur emptori actionem & ſucceſſoribus eius qui in vniuerſum ſucceſſerunt: emptorem accipe eum, qui pretio emit; ſed ſi quis permutauerit, dicendum eſt vtrumque poſſe ex hoc edicto experiri, ait Vlpianus.*** & merito edictum ædilitium, ab initio emptori duntaxat ſuccurrens ad eum qui permutauit porrectum & extenſum fuit, quia non ſolum permutatio bonæ eſt fidei, ſed etiam vicẽ emptionis obtinere dicitur in *l. 2. Cod. de permut. rer.* Oſtendi ſupra extenſionem conſimiliter ad conductorem faciẽdam eſſe: ſuccurrit autem emptori edictum eidemque redhibitoriam dat, ſi res empta vel ex permutatione accepta aut cõducta fuerit vitioſa, vel morboſa, de hac quippe redhibẽda redhibitoria competit actio *l. 4. §. 3. ff. de ædil. edict.* Morboſam vel vitioſam ante contractum fuiſſe oportet *l. 58. §. final. eod.* Nam quæ poſt emptionẽ accidunt rei venditæ, ad emptoris periculum ſpectant *§. 3. I. de empt. vendit.* & ideo propter huiuſmodi vitium fruſtra ageret redhibitoria actione. Deinde vt redhibitoria competat, requiritur vt emptor ignorarit vitium tempore initi contractus *l. 3. §. 6. ff. de ædilit. edict.* ***Tum*** quia emptor ſciens rem vitioſam emens non decipitur: at edictum ædilitium emptori cauere voluit ne deciperetur *d. §. 6.* ***Tum*** etiam quia ſemel rem vitioſam probans amplius eam reprobare nequit *l. 13. §. fin. ff. ad l. Iul. de adult.*

Quid vero ſi res poſt vnum atque alterum diem à contracta venditione intereat vitio aut morbo aliquo, nec conſtet vtrum morbus minus contractum præceſſerit, an vero ſubſecutus fuerit, vtrum ex morbo antecedente, an ſubſequente contractum periiſſe cenſebitur? Et quod morbus vel vitium præceſſiſſe contractum præſumatur, verius eſſe videtur cũ ex celeritate mortis morbus præceſſiſſe præſumatur *l. ſi ventri. §. final. ff. de priuileg. creditor.*

Vtrum porro & venditoris ſcientia deſideretur; ita vt ſi ſciuerit venditor, rẽ quam vendit, vitioſam eſſe redhibitoria com- *Qu. 3. An actio redhibi-*

*toria detur etiam aduerſus ignorantē venditorem?*

cōmpetat, ſin vero ignorarit ea denegetur emptori ? non videtur expeditum eſſe.

Quod enim requiratur venditoris ſcientia, probare videtur *l.1. C.de ædilit. act.* vbi Antonius Imperator ita ſcribit: *Si non ſimpliciter ſed conſilio fraudis ſeruum tibi neſcienti fugitiuum vel alio modo vitioſum quis vendidit iſque idem fugitiuus abeſt, non ſolum in precium ſerui venditorem conueniri, ſed etiam damnum quod per eum tibi accidit, competens iudex, vt iam pridem placuit, præſtari iubebit.* Cum igitur hic Imperator expreſſe requirat, *vt conſilio fraudis ſeruus fuerit vēditus*, dicendum videtur, actioni redhibitoriæ locum non eſſe, quando quis non conſilio fraudis, ſed ignorans rem vitioſam aut morboſam vendiderit.

Accedit huic & iſta ratio quod edictum ædilitium ideo ſit propoſitum, vt occurreretur fraudibus venditorum & cōtra eos emptoribus proſpiceretur, ne hi ab illis deciperentur, *l.1.§.cauſa.ff.de ædilit.edict.* Quocirca, cum ignorans rem, quem vendit, vitioſam aut morboſam eſſe, non ſit in dolo, nec animum aut propoſitum habeat circumueniendi ac decipiendi emptorem, non poterit redhibitoria actione conueniri: Ceſſante quippe ratione iuris, deficit quoque & ceſſat diſpoſitio iuris *cap. ceſſante, de Reg. Iur. in ſext.*

Cæterum contrarium, quod nempe etiam aduerſus ignorantem venditorem hæc actio redhibitoria detur, verius eſſe videtur: Hoc ſiquidem clare confirmatur in *d.l.1.§.Cauſa.* Cuius hæc ſunt verba: *Cauſa huius edicti proponendi eſt, vt occurratur fallaciis vendentiū, & emptoribus ſuccurratur quicunque decepti à venditoribus fuerint: dummodo ſciamus venditorem, etiamſi ignorauit ea quæ ædiles præſtari iubent, tamen teneri debere: Nec eſt hoc iniquum; potuit enim ea nota habere venditor: neque enim intereſt emptoris cur fallatur, ignorantia venditoris an calliditate.*

Neque mouet in contrarium *d.l.C.de ædilit. actionib.* Nam Baldus hoc modo diſtinguit, vt ſi conſideretur damnum intrinſecum, quod ex morbo prouenit, tunc ſiue ſciat, ſiue ignoret venditor, redhibitoria datur *d.§.ex cauſa* Sin conſideretur damnum quod extra rem eſt, tunc no rantia excuſet venditorem *d.l.1. C.de ædilit.edict. & l.Iulianus.pr.ff.de act.empt.* & ſequitur hanc diſtinctionem Caballinus in *d.tr.c.2.n.19.*

Sed mihi melius hoc modo ad *d.l.1.* reſpōderi videt ; ibi ad hoc, vt actio redhibitoria detur, non requiri venditoris ſcientiam, ſed ad hoc duntaxat eam deſiderari vt non ſolum in precium ſerui fugitiui, ſed etiam vt in omne damnum, quod ab eo accepit emptor condemnetur.

Non magis altera ratio aduerſatur, quod cauſa ædilitii edicti fuerit vt occurreret fraudibus: Iſta enim cauſa duntaxat impulſiua eſt non principalis, quæ in eo potius conſiſtit ne deciperentur re vitioſa, aut morboſa emptores: Vnde etiam in *d.l.1.§.cauſa.* dicitur nihil intereſſe qualiter decipiatur emptor vtrum ignorantia an vero calliditate venditoris : ratio itaque edicti in emptorem fauore potius, quam in odio venditorum conſiſtit. Iam vero, etſi deficiat ratio impulſiua, non tamen deficit diſpoſitio legis, modo principalis ratio non ceſſet *l.1.§.ſexum.ff. de poſtul.* Deinde cum duæ ſunt rationes legis, quarum vna minus principalis eſt altera, tum deficiente minus principali, lex non deficit: Atqui magis principalem cauſam & rationem præſentis edicti conſiſtere in fauore emptionis, ne damnum ipſe incurrat, patet ex *d.l.1.§.cauſa.* Quid vero dicendum eſt eo caſu, quo venditor morbum ſciebat, emptor vero ſupine ignorabat *l.Nec ſupina ff.de iur.& fact. ignor.* Cui venditor non denunciauit, an nihilominus teneatur venditor redhibitoria? quæſtio eſt non admodum expedita.

*Qu.6. An redhibitoria detur emptori vitium ſupine ignoranti aduerſus venditorē vitium ſcientem?*

Et videtur Gloſſæ dicendum quod nō

 tene-

teneatur venditor, quia vbi culpa præſumtiue præcedit ignorantiam emptoris: nihil prodeſt emptori *l. Ea quæ. §. 1. ff. de contrahend. empt.* Atqui in propoſito caſu ignorantiam ſupinam præcedit culpa eius lata, quia ipſi imputari poteſt quod id ignoret, quod quiuis facile ſcire potuerit. Et culpa lata eſt non intelligere quod omnes intelligunt *l. late. ff. de verbor. ſignificat.* Et dicendum videtur, quod venditor non ſit in dolo, quia præſumere debuit, quod emptor non eſſet fatuus, ſed potius ſciret quod omnes ſcirent: paria quippe ſunt ſcire & ſcire debere *l. quod te. ff. ſi cert. pet.*

Sed ab hac ſententia recedit Author noſter ſecutus Caballinum, qui ſtatuit & hoc caſu quo ſupina emptoris fuerit ignorantia ei ſuccurri & ædilitio edicto locum eſſe.

1. Quia venditor, ſcienter rem vitioſam vel morboſam vendens, eſt in dolo *l. quod venditor. ff. de dolo:* At emptor ſolum in lata culpa, quæ, vt dictum fuit, eſt non intelligere quod omnes intelligunt *d. l. late ff. de verbor. ſignificat.* Atqui dolus culpæ præponderat *l. ſi mora. ff. ſolut. matrim.* Igitur in conſiderationem hic venit venditoris potius dolus, quam emptoris lata culpa, & longe eſt æquius vt dolus decipienti venditori noceat, quam vt culpa emptoris ipſi obſit.

2. Quia, ſtante contraria opinione, dolus venditoris obeſſet emptori & ipſi venditori prodeſſet ac lucro cederet, quorum vtrumque abſurdum fore facile omnes agnoſcunt.

3. Addit Caballinus & hanc rationem quod ille, qui cum alio contrahit, notam illius qualitatem habere debeat *l. qui cum alio. ff. de Reg. Iur.* & ſupina eius ignorantia eum excuſet, quoniam fatuo ſimilis eſſe videtur, qui quod videt, ignorat, & ſicut illius nulla eſt obligatio, *l. furioſi. ff. de Reg. Iur.* ita nec iſtius qui rudis & hebetis ingenii eſt & venditor videtur eſſe in dolo in omittendo, iuxta *l. ſi mora. ff. ſolut. matrim.* qui ſemper præponderat latæ culpæ emptoris.

4. Adhiberi & iſta ratio poteſt quod in *d. l. 1. §. 1. ff. de ædilit. edict.* indiſtincte ac generaliter definit emptori ſuccurrendum eſſe, ſi ipſi res aliqua vitioſa, aut morboſa vendita fuerit; ne vllibi in iure diſtinctio iſta, vtrum emptoris craſſa & ſupina fuerit ignorantia, an vnius; At vbi lex generaliter & indiſtincte loquitur, ibi noſtrum non eſt diſtinguere.

Non refragatur his argumentum diſſentientium quod nempe ſupina ignorantia non proſit emptori. Nam hoc non locum habet eo caſu, quo venditor in dolo eſt: quia dolus venditoris magis, quã emptoris craſſa negligentia puniri debet: Deinde etſi ſupina ignorantia non proſit, tamen nec obeſt ignoranti *l. 7. ff. de iuris & fact. ignorant* obeſſet autem plurimum emptori, ſi propter eam redhibitione agere non poſſet, ſed rem vitioſam & morboſam retinere cogeretur.

Actionem redhibitoriam eſſe prætoriam non vero ciuilem, communis eſt opinio, quam Treutlerus noſter Donellum ſecutus, amplectitur: At Caballinus contra ſtatuit, Redhibitoriam actionem duplicem eſſe, prætoriam & ciuilem: prætoriam eam, quæ ædilium edicto animal morboſum eſt prodita: Ciuilem vero pro aliis rebus, edicto non comprehenſis datur. *Lit. C. Qu. 7. Redhibitoria actio an ſit prætoria, an ciuilis?*

Et quod quædam redhibitoria actio ſit ciuilis, probari videtur in *l. Ex empto §. 1. ff. de act. empt.* vbi dicitur ex empto actionem de redhibenda re vitioſa, vel morboſa competere: Atqui actionem ex empto eſſe ciuilem, in propatulo eſt.

2. Adde quod actio empti ſit bonæ fidei *§. Actionum. I. de act.* & ideo, cum ſecundum

cundum bonam fidem ſit emptorem re vitioſa vel morboſa non decipi, ſed eam reſtituere poſſe venditori ſi de vitio eius liqueat *arg. l.5. C. de reſcindend. vendit.* Idem quod qui poteſt conueniri redhibitoria actione, is eadem de cauſa poteſt conueniri actione empti *l. ſciendum. §. 1. ff. de ædilit. edict.*

Cæterum rectè Donellus redhibitoriam actionem indiſtinctè prætoriam eſſe ſtatuit: Redhibitoria quippe actio non eſt perpetua, ſed temporalis, vt mox dicetur, & edicti quoque verba oſtendunt: Atqui ciuilis actio eſt perpetua. *l tit. de perpet. & temporal. act.* Igitur Redhibitoria eſt prætoria, non ciuilis.

2. Illa prætoria eſt actio, quæ ex edicto prætorio, ſiue ædilitio, deſcendit §. *Sed iſtæ. I. de Actionibus.* Atqui actio, redhibitoria quæ de aliis rebus, quam de iumento & mancipio datur, ex edicto ædilitio deſcendit, quia, etſi verbis edicti non ſit propoſita, ſententia tamen eius & ratione continetur: Non minus ſiquidem ex lege eſt quod verbis legis expreſſis, quam quod ratione eius continetur *argum. l. 29. & ſequent. ff de Legibus.* Hinc etiam Vlpianus ait, Labeonem ſcripſiſſe edictum ædilium curulium de venditionibus rerum eſſe tam earum quæ ſoli ſint, quam earum, quæ mobiles aut ſe mouentes. Huic certe conſequens eſt quod redhibitoria, de hiſce rebus competens, ſit ex edicto atque ita prætoria.

Contra itaque Caballini fundamenta exigui ſunt momenti: Quod enim actione ex empto poſſit agi ad redhibendum, dubitatio propter textus adductos penitus nulla eſſe poteſt. At iſtam, quæ in iure redhibitoria dicitur, actionem eſſe ex empto, falſiſſimum eſt: Sic itaque ſeſe res habet: de re vitioſa vel morboſa vendita, competit actio ex edicto redhibitoria, qualiſcunque tandem res iſta fuerit *d. l. 1. pr.* ſed datur etiam de eodem actio ex empto *d. l ex empto.* quarum illa & prætoria: Hæc vero ciuilis, illa temporalis, iſta perpetua.

Redhibitoriam porro actionem eſſe arbitrariam probat *l. item ſi pretium. §. pro eo ff. quod met. cauſ.* Et in primis *l. item ſi §. 4. eod.* Nam ibi ICtus Vlpianus actionem quod metus cauſa appellat arbitrariam, quia reus iſta actione conuentus, habeat licentiam vſque ad ſententiam ab arbitro datam, reſtitutionem rei facere, ita vt ſi non fecerit in quadruplum damnetur: Ad exemplum igitur huius actionis arbitraria quoque dicetur actio redhibitoria: Nam & in hac iudex non protenus condemnat venditorem, ſed prius arbitratur, ſiue iubet vt recepta re vendita, precium reſtituat emptori, cui iuſſui ſi paret venditor, abſoluitur; ſin minus, condemnatur in omne id quod emptoris intereſt. *leg. illud. Digeſt. de ædilit. edicto.* Lit. D. Qu 8. *Vtrũ redhibitoria actio ſit arbitraria?*

Hinc etiam paſſim ICti, de hac actione differentes, arbitrij mentionem faciunt, vt in *l. cum autem 23. princip. l. illud 29. leg. quod ſi nolit 31. §. Pomponius & §. culpam. ff. hoc tit. de ædilit. edict.*

Arbitrariæ inſuper actiones dicuntur in quibus rei iubentur facere reſtitutionem rei ab actore petitæ, & niſi reſtituant, condemnantur in id quod actor in litem iurauerit. §. *præterea. 31. Inſtitut. de actionibus.* Atqui talis eſt actio præſens redhibitoria: Nam ſi venditor rei morboſæ iuſſor non reſtituat precium & acceſſiones, iuratur contra eum in litem ex iudicis arbitrio *leg. Redhibitoria. vbi gloſſ. in verb. iubetur. Digeſt. de ædilit. edict.* Menoch. *arbitr. iud. quæſt. lib. 1. quæſt. 5. num. 25.* Gaſpar Caballinus. *dict. tract. de ædilit. edict. c. 2. nu. 4.*



Digitized by Google

Lit. E. Vis huius actionis redhibitoriæ conſiſtit in eo vt vtrumque & emptorem & venditorem quodammodo in integrum reſtituere debeat *l. Cum autem 23. §. Iulianus ait. ff. h. tit.* factaque redhibitione omnia in priſtinum & integrum ſtatum reſtituantur, perinde, ac ſi neque emptio, neque venditio interceſſiſſet, *l. facta. 60. eod. tit.*

Hoc autem tunc fieri intelligitur, quando emptor rem emptam reſtituit venditori cum omnibus eius rei acceſſionibus omnique eo, quod vel ex re, veluti fructus, ancillæ partus, fœtus pecorum, vel extra rem, opera tamen aut per occaſionem eius rei ad emptorem peruenit *l. cum autem 23. §. vlt. & l. ſeq ff. hoc tit.* Quin etiam quod ad ipſum emptorem culpa eius non peruenit præſtare venditori iubetur in *l. Redhibere. 21. in fine. l. cum autem. 23. §. cum redhibetur ff. hoc tit.* inſuper emptor venditori tenetur de eo quando res deterior facta eſſet opera eius, culpa & negligentia *l. Ædiles etiam 25. ff. de ædilit. edict.*

Cæterum, omne id præſtandum eſt quod non ſolum poſt traditionem rei, ſed etiam quod poſt venditionem acquiſitum eſt emptori: At vbi res deterior facta eſt, id ſolum quod poſt traditionem res deterior facta eſt præſtari debet *l. 1. § .1. ff. hoc tit.* Hoc vero ideo, quia omne commodum & omnis fructus ad emptorem pertinet ſtatim poſt venditionem *§. 3 I. de empt. vendit.* vt ſecundum regulas iuris ad eum perueniſſe intelligatur, & ob id etiam reſtituere debeat, quia illi acquiſitum eſt: At rem facere non potuit ante traditionem rei ſibi factam. Hæc autem niſi prius emptor venditori præſtiterit, fruſtra redhibitoria experitur *l. 29. in pr. ff. hoc tit.*

Lit. F. Ex parte venditoris ſic à contractu diſceditur, vt vi redhibitoriæ actionis cogatur emptori precium, quod accepit, vna cum vſuris & intereſſe reſtituere, aut vero ſi nondum ipſi pecunia ſoluta fuerit, præſtare emptori debebit, vt pecuniæ, cuius nomine obligatus eſt, liberetur, ſiue ipſi venditori obligatus ſit, ſiue etiam alii *l. 27. & l. 29. ff. eod.* Ad fiſcales venditiones non pertinere ædilitium edictum monet ICtus in *l. 1. §. 3. ff. de ædilit. edict.* videtur autem dicendum hoc ius durum eſſe & iniquum: ſiquidem ideo, Vlpiano teſte, ædilitium edictum ab ædilibus propoſitum eſt, quo adverſus fraudes venditorum ſuccurreretur emptoribus & quia iniquum foret in contractu emptoris, qui bonæ fidei eſt, decipi emptores illiſque dolum venditorum obeſſe. Qu. 9. *Quare edictũ non ſpectet ad fiſcales venditiones?*

Veruntamen ratio, ob quam ſingulare hoc ius in venditionibus fiſcalibus receptum eſt, conſiſtit in authoritate haſtæ fiſcalis, quam facile convelli propter vtilitatem Reipubl. non conuenit. Deinde quia fiſcus ad Reipubl. vtilitatem pertinet, & ideo vtilitatis publicæ cauſa ad res à fiſco emendas ſic accedi oporteat, vt qua conditione ſint, eadem emantur. Et ſane alias quoque venditiones fiſcales priuilegiata ſunt ob bonum publicum, quod nonnunquam cum damno priuato coniunctum eſt. *§. fina. Inſtit. de vſucap.*

Hugo Donellus præter hanc & aliam adducit non priuilegio fiſci, ſed iure communi ſubnixam quod nempe fiſcus vitia rerum à ſe venditarum, ſcire non poſſit, & ideo exigi ab eo non debeat vt illa prædicet.

Verum ratio hæc non immerito diſplicet Treulero noſtro; *Tum* quia procurator fiſci, res fiſcales vendens, & poſſit & debeat cognitionem habere qualitatum rerum fiſcalium; & ideo etiam earum in venditionibus & diſtractionibus vitia, quibus laborant, prædicere poſſit: *Tum* quia iure communi cum de redhibitoria actione quæritur, non habetur ratio vlla ſcientiæ vel ignorantiæ ven-

venditoris, ſed emptoris duntaxat *L.1.§. cauſa.ff.de ædilit. edict.* & ſupra prolixe dictum fuit. *Tum* denique quia Reſpublica non magis ſcire cognitaque habere poteſt vitia rerum à ſe venditarum, & tamen in Reipublic. venditionibus locum habere edictum reſpondit I Ctus in *dict.l.1, §. 4.* Verius itaque eſt quod fiſcus ex ſingulari priuilegio hoc habeat vt in venditionibus rerum ad ſe pertinentium, edictum ſibi locum vindicare nequeat.

Qu. 10. *An & quare cōpetāt actiones redhibitoria, & æſtimatoria competentibus ex emptione-venditi. actionibus?*

Illud prætereundum non eſt quod quibus ex cauſis agi poteſt redhibitoria, iiſdem ex cauſis agi etiam poſſit actione ex empto *l.ex empto.§ Redhibitioni. ff.de actionibus empt.* veluti ob morbum, ob vitium, & ideo non tantum competit redhibitoria ex edicto, ſed etiam actio empti venditi ex iure ciuili propter morbum vel vitium latens. Item ob conuentionem *l.ſi conuenit ff.de reſcindend. vendit.* poteſt etiam actio ex empto eſſe æſtimatoria *l.Iulianus.ff.de act.empt.* Et generaliter qui poteſt conueniri redhibitoria vel æſtimatoria, ex eadem cauſa poteſt conueniri ex empto *l.ſciendum.§. 1.ff. de ædilit. act.* Et rationem hoc habet manifeſtam & ſatis perſpicuam. Cum enim contractus emptionis-venditionis & actiones exinde deſcendentes, ſint bonæ fidei, *tit. Inſtit.de obligat. quæ ex conſenſu.§.Actionum. Inſt. de action.* ideo omne id, quod fieri & præſtari à venditore emptori æquum & bonum eſt, hoc contractu, & actionibus exinde proficiſcentibus, continetur *§.in bonæ fidei. Inſtit. de actionib.* Iam vero æquum & bonum eſt bonæque fidei per omnia conſentaneum quicquid edicto ædilitio, præcipitur & edicitur: Hoc igitur omne contractu emptionis-venditionis eiuſdemq; contractus actionibus contineri intelligitur.

Hinc itaq; quæritur, quorſum ſint introductæ ædilitiæ actiones, cum actio ex empto ſufficiat: qui habet ciuilem actionem, fruſtra deſiderat honorariam. Non eſt enim honoraria vbi ciuilis competit *§.Namque ſi cui. 4.l.de Act.* Et inſuper ſuperfluæ erunt atque otioſæ hæ ædilitiæ actiones ſi nihil diſtant ab actionibus empti.

Et quidem Accurſius ſtatuit hanc eſſe differentiam inter actiones ex empto & ædilitias quod nempe actio ex empto ſit de eo quanto minoris emiſſet, ædilitia vero æſtimatoria, quanto minoris valuiſſet.

Sed recte hoc reiicitur à Cuiacio, quia ſiue dixeris emiſſe, ſeu valuiſſe, idem plane dixeris *l. Iulianus. §. ſi venditor. ff. de act. empt.*

Ipſe igitur Cuiacius hanc inter actionem ex empto & actiones ædilitias differentiam tradit, quod ædilitiæ actiones ſint pœnales *l.23. §.ſi ſeruus. ff. de ædilit. edict.* quia niſi pareatur arbitrio iudicis, creſcunt in duplum *l 45. eod.tit.* & ita pœnam continent & ob id temporales ſunt actiones: Empti vero actiones ſunt rei perſecutoriæ & perpetuæ *l. empti. C.de euict.*

Quin etiam idem hic reſponderi poteſt, quod Pomponius de actionibus contra nautas caupones & ſtabularios competentibus reſpondit, etſi actiones ciuiles non deſint, quæ eiuſdem nomine competant & inſtitui valeant: ideo tamen à prætore eas introductas fuiſſe actiones, quo innoteſceret, curam agere prætorem reprimendæ improbitatis hoc genus hominum: *L.3.§.1.ff. Naut. Caupon. ſtab.* Cum itaque etiam ad curam ædilium ſpectet contractus emptionis venditionis, quo innoteſceret, ſe curam agere illorum contractuum & cauere ne emptores à venditoribus circumueniantur, ideo peculiares hac de re actiones proponere voluerunt. Cuiac. *in paratitl.Cod.de Ædilit. actionib.*

Aſſignatur tamen & hæc differentia inter actiones empti & ædilitias, quod

ædilitiæ actiones dantur in vnum è multis, cuius maior pars in venditione fuit, aut nulla parte minor *l.44.§.1.de adil.edict.* ciuiles vero ex empo actiones, pluribus ſocis vendentibus, in ſingulos dantur proportione, qua ſocii ſunt *dict. leg. 44.*

Deniq; ædilitiæ actiones in ignorantem etiam venditorem dantur *l.1.§.cauſa. ff.hoc.tit.* ciuiles non item, ſi rem emptori haberi liceat.

Iuris ciuilis & Saxonici differentia circa actionem redhibitoriam de equo vitioſo aut morboſo competentem, quam hic noſter Treutlerus ex *artic. 79.* Weichildt annectit, cum ſatis ſit perſpicua ex ipſo textu *dict. artic. 79.* non indiget vlteriori & prolixiori explicatione. Diſpiciendum nunc eſt de altera ædilitia actione, quæ æſtimatoria dicitur.

RESOLVTIO THESIS
*Tertiæ.*

Secunda actio, quam ſupra ex ædilitio edicto nomine rei vitioſæ aut morboſæ venditæ competere diximus, vocatur æſtimatoria, qua emptor, ſi rem habere & retinere quidem velit, ſine tamen incommodo ſuo, in id quanto minoris empturus fuerit, ſi de vitio ſibi conſtitiſſet, agit.

Dicitur autem exinde æſtimatoria hæc actio, quia per eam res æſtimatur, quanti reuera voluerit eo vitio corrupta quo laborabat, vt quo pluris empta eſt, id reddatur. Donell. *d.tract.c.6.*

Differt autem hæc actio à præcedente redhibitoria ſequentib. modis 1. Actio redhibitoria venditionem reſcindit in totum, reddita re vendita & pretio recepto cæteriſque omnibus reſtitutis in integrum: æſtimatoria vero reſcindit in partem, ex pretio videlicet emptori, reddito eo, quo minoris res eſt; qua etiam de cauſa ex formulæ verbis appellatur quanti minoris, vel quãto minoris emiſſet emptor. Cuiac. *in paratil. C. de ædilit. actionib.*

2. Actione redhibitoria de eadem re nõniſi ſemel agi poteſt, quoniam res eadem non niſi ſemel eodem ex contractu redhiberi valet: at æſtimatoria actione ſępius agi poteſt de eadem re ex eodem cõtractu, nõ quidem eiuſdem vitii morbiue nomine, hoc enim iniquum foret; ſed diuerſorũ vitiorum gratia, vt quantum eſt, quanto minoris quis empturus eſſet, ſi ſingula vitia non ignoraſſet, id præſtetur *l.quod ſi nolit.§.ſi quis egerit. ff. hoc tit.* Don. *d.c.6.* 3. Redhibitoria actio intra ſex meſes ob vitium rei, ob ornamenta iumentorum intra duos mẽſes; æſtimatoria vero intra annum præſcribitur *l. 19. §. fin. l. 38. pr. ff. hoc tit.*

Cæterum cum hæ duæ actiones, Red- Qu. II.
hibitoria, inquam, & æſtimatoria cõcur- *An vna æ-*
rant, ſic, vt in arbitrio ſit emptoris vtra *dilit. actio*
experiri velit, quæritur ſi vnam elegerit *num al-*
emptor eaq; expertus fuerit, non autem *terã con-*
obtinuerit, poſſit altera experiri, an vero *ſumat?*
hæc per illam conſumatur?

Donellus, Caballinus & omnes fere hunc punctũ attingentes, ſtatuunt, quod ſi emptor alterutra harum actionum egerit, & ſuccubuerit non poſſit alteri experiri, ſed ſi expertus fuerit, exceptione rei iudicatæ repellatur. Pro qua ſententia eſt etiam text. in *l. 25. ff. de except. rei iudic.* in qua hæc in verba ſcribit Iulianus: *Eſt in poteſtate emptoris intra ſex menſes redhibitoria agere mallet, an ea, quæ datur quanti minoris homo, cum veniret, fuerit. Nam poſterior actio etiam redhibitionem continet, ſi tale vitium in homine eſt vt eum ob id actor empturus non fuerit. quare vere dicetur, eum, qui alterutra earum egerit, ſi altera poſtea agat rei iudicatæ exceptione ſubmoueri.*

Sed tamen huic obſtare videtur *l. ſi tamen. 48. §. nõ nocebit. 2. ff. de ædil. edict.* vbi cũ emptor ab vna actione excluditur, ad alteram

teram nihilominus admittitur. Veruntamen recte Cuiac. reſpond. ſi emptor tempore ſit excluſus redhibitoria actione ſupereſſe ei æſtimatoriam *d.l.48.§ 2.* At ſi alia ratione excluſus ſit actione redhibitoria, vel ſi egerit & non obtinuerit, non amplius eius ſupereſſe æſtimatoriam actionem.

De clauſulis hiſce actionis æſtimatoriæ; quanti minoris res eſt: quanti maioris futura erat, ſi vitium abeſſet, verā æſtimationem an contineant, quæſtionis eſt? Et quanq̃ Sichard. vt ex iis quæ ſupra ex eo adduximus, liquet, ſtatuit actione æſtimatoria ciuili emptorem concludere in ſuam perſonam & ideo ad ſingulare intereſſe & æſtimationem quæ ex emptoris priuata & ſingulari affectione fiat: verū quia illius ſingularis intereſſe & affectionis in rebus æſtimandis rato non habetur *l. pretia rerum ff. ad l. Falcid.* idcirco & hic non niſi vera rei æſtimatio intelligi poterit.

Qu. 12. *An actio quanto minoris ſit duplex?*

Sed & clauſulæ iſtæ duæ ab hac clauſula *quāto minoris erat quis empturus* nō differunt: tametſi enim plerique veterum, quos etiam Sichardus ſequitur, actionem quanto minoris duplicem conſtituerint, vnam ciuilem, alteram prætoriam ex edicto ædilitio: ciuilē de mancipiis & iumentis intra annum, prætoriam vero de cæteris rebus, perpetuam.

Prætoriam in id quanto minoris res eſt; ita enim habent verba edicti: *Aut quāto minoris cum venierint, fuerint l. Ædiles aiunt. ff. de ædilit. edict.* Ciuilem quanto minoris quis empturus fuiſſet; inter quæ magna ſit differentia.

Verum hoc recte refellit Donellus: primū enim, quod dicunt, actionē quanto minoris edicto ædilium de iumentis & mancipiis ſolum propoſitam fuiſſe, nō vero de cæteris etiam rebus; id ſententiæ Vlpiani in *l. 1. pr. ff. eod.* planè aduerſatur, vt qui ædilitium edictum de rebus quibuſcunque proditum eſſe aperte teſtetur. Idque etiam ſupra prolixius ſum proſecutus.

Deinde falſum eſt inter hæc, *quanto minoris res eſt*, & *quanto minoris empturus fuiſſet*, differentiam conſtituendam eſſe.

Quandoquidem in edicto ædilitio nō dicitur, quanto minoris iumēta ſunt, ſed quanto minoris cū venierint, fuerint. Id aūt eſt quanto minoris empturus quis fuiſſet: tunc n. empturus erat cum venderentur & non pluris empturus erat, q̃ valebant, & quanti valebant, tanti illum empta habere æquiſſimum eſt, ex quo etiam hoc iudicium æſtimatorium appellatur, quia res æſtimatur quāti reuera valuerit res eo vitio affecta, quo tenetur vt quanto minoris valuit quam empta eſt, tantum reddatur.

Accedit quod ædilitiam actionem eſſe de mancipiis quanto minoris & eſſe in id, quanto minoris res valebat cum venibat, nihil aliud eſt quam quanto minoris actor empturus fuiſſet, id quod ex *leg. quia dicitur. D. de euict.* ſatis conſtare videtur: vbi Iulianus ita ſcribit: *Egit emptor quanto minoris propter fugam, deinde agit propter morbum, id agendum eſt, ne lucrum faciat emptor & bis eiusdem vitii æſtimationē conſequatur: Fingamus emptam decem, minoris autem empturum fuiſſe duobus: Hæc conſecuturum propter fugam ſcribit: Mox comperiſſe quod ſanus non eſſet, ſimiliter duobus minoris empturum fuiſſe, ſi de morbo non ignoraſſet. Rurſus conſequi duo debet.*

Ex quo clare admodum pateſcit nihil aliud eſſe quāto minoris quis empturus fuit, quam id, quanto minoris res fuit; & de mancipio hanc eſſe actionem quanto minoris fuerit.

Adde etiam quod Gordianus Imperator in *l. 2. C. eod.* reſcribit & generaliter demonſtrat nec actionem redhibitoriā vltra ſex menſes, nec quāto minoris poſt annum cōpetere de mancipii morbo cōſule-

ſulebatur anno iam exacto, ex quo venditum erat: quærebatur poſſetne emptor aliqua ratione eo nomine cum venditore congredi poſt annum, ille ait non poſſe vlla ratione: redhibitoriam enim actionem ſex menſium temporibus, quanto minoris anno concludi manifeſti iuris eſſe: hoc ſcilicet ſenſit & voluit Imperator, nullo modo agi poſſe eo nomine, nec iure ciuili nec ædilitio: ſiquidem non hoc agebatur an ædilitia alia actio competeret, ſed an aliquo modo poſſet agi iure, id quod ipſe negauit. Ex quo colligitur nullam eſſe ciuilem eo nomine actionem perpetuam.

Nec obſtat *l. Iulianus. in pr. ff. de act. empt.* vbi Iulianus dicit, *ſit tignum vitioſum fuerit venditum & venditor vitium ignorarit, actione ex empto emptorem conſequi poſſe, quanto minoris empturus fuiſſet.*

Reſp. Etenim ex empto actio inducitur hoc edicto ædilitio in id quanto minoris, quia inductum eſt ab ædilibus vt emptori propter emptionem præſtaretur quanto minoris empturus eſſet: quæcunque autem emptori præſtanda ſunt vel more, vel certo iure, vel quocunque alio modo, iudicio ex empto peti poſſunt; hac tamen conditione vt vltra annum agi non poſſit, quia poſt annum nõ eſt quod vllo iure emptori præſtari oportet. Denique ex empto actio eſt in hanc rem inducta, adiecto hoc temperamento quaſi quodam titulo actionis quanto minoris. Hæc ita de quo tamen non immerito quis dubitare poſſet.

*Lit. B.* Eſſe hanc æſtimatoriam actionem temporalem & anno præſcribi atque extingui pateſcit ex *l. 2. Cod. de Ædilit. actionibus.* Etſi enim actiones prætoriæ, rei perſecutionem continentes, ſint perpetuæ *tit. I. de perpet & temp. act.* quia tamen reſciſſoria & actio æſtimatoria *l. 28. §. 1. ff. de except. rei iudicat.* ideo vltra annum non extenditur. *l. in honorariis. 35. Digeſt. de obligat. & action.* Annus autem iſte, quo extinguitur hæc actio currit & computatur à tempore ſcientiæ, quo ſcilicet conſtare cœpit emptori rem, quam emit vitioſam aut morboſam fuiſſe *l. 55. Dig. de ædilit. edict.*

Succurritur porro & hoc æſtimatoria actione ignorantia duntaxat emptori, ſcienti vero non item: *Tum* quia ex eo, quod ſciens rem, quam emit tali vitio aut morbo laborare, eam nihilominus emit non poteſt prætendere ſe propter vitiũ iſtud rem nõ fuiſſe tanto empturum: atqui actio æſtimatoria datur de eo quanto minoris emptus fuiſſet ſi vitium ſciuiſſet, prout ex prædictis patet ſcienti itaque emptori non poteſt hæc actio dari: *Tum* quia culpa ſua damnum ſentit, quod ex re iſta vitioſa aut morboſa ſentit; igitur ſentire damnum iſtud non intelligitur. *l. quod quis. ff. de reg. iur.* *Tum* etiam quia ſemel rem vitioſam, vt talem probarit & in eam conſenſit voluitq; illam ſibi emptam, igitur eam reprobare amplius nõ poteſt. *Tum* denique quia ſciens emptor non fallitur, nec ſcienti & volenti, ſiue conſentienti vlla iniuria infertur *l. cum donationis. Cod. de tranſact.* Atqui ædilitium edictum vnicè eo pertinet ne emptores fallantur & iniuria aliqua efficiantur. *Lit. C. Qu. 13. An æſtimatoria actio emptori etiã ſcienti vitiũ contractus tempore cõpetat?*

Idque etiam textu ſatis dilucido comprobatur: ſic enim in *l. quæritur. 14. §. vlt. ff. de ædilit. edict.* Vlpianus ſcribit: *Si nominatim morbus exceptus non ſit, talis tamen morbus ſit, qui omnib. potuit apparere, vtputa cæcus homo venibat, aut qui cicatricem euidentem & periculoſam habebat vel in capite, vel in alia parte corporis eius nomine non teneri Cæcilius ait, perinde ac ſi nominatim morbus exceptus fuiſſet: ad eos enim morbus vitiaque pertinere edictum ædilitium probandum eſt, quæ quis ignorauit, vel ignorare potuit.*

Quid igitur, ſi ſeruus, vel filius, vel procurator alicuius rem emens vitium aut morbum rei ſciuerit, Dominus autem Qu. 14. *Si procurator aut*

tem

*filius, aut ſeruum vitium ſciuerint?*

tẽ vel pater ignorarit; anne vẽditor tenebitur ex ædilitio edicto actione redhibitoria vel æſtimatoria? Et African. in *l.51. ff. de ædilit. edict.* de hac quæſtione ita ſcribit: *Cum mancipium morboſum vel vitioſum ſeruus emat & redhibitoria vel ex empto dominus experiatur; omnimodo ſcientiam ſerui, non domini ſpectandum eſſe ait, vt nihil interſit peculiari, an domini nomine emerit, & certum incertumve mandante eo, emerit, quia tunc illud ex bona fide eſt, ſeruum, cum quo negotium ſit geſtum, deceptum non eſſe; & rurſus delictum eiuſdem quod in contrahendo admiſerit, domino nocere debet, ſed ſi ſeruus mandatu domini hominem emerit, quem dominus vitioſum eſſe ſciret, non tenetur venditor.* Vult igitur Africanus quod venditor domino nõ tenetur redhibitoria aut æſtimatoria, ſi ſeruus ſcierit mancipium, quod emebat, eſſe morboſum aut vitioſum, etiamſi dominus ignorauerit: Scientiam ſerui vult domino nocere; idque ait verum eſſe omnimodo, id eſt, indiſtincte, ſiue emerit ſeruus ſuo nomine, hoc eſt, peculiari nomine, ſiue emerit nomine domini: ſi ſuo nomine, indubitate ſpectanda eſt ſcientia ſerui, quia ſibi negotium geſſit principaliter, non domino. Sed idem tamen obtinet ſi emerit nomine domini: Nomine domini emit nominatim, ſiue mandatũ habeat, ſiue non, & ſiue dominus certum aliquem, veluti Stichum, ſiue mancipiũ in genere emi mandarit.

Etſi vero ſcientia ſerui vel filii noceat domino aut patri; Ignorantia tamen ſerui vel filii patri aut domino prodeſt, ſi nempe dominus aut pater vitium aut morbũ rei venditæ ſcientes, mandauerint incertum hominem emi, aut ſeruus filiuſue familias ſuo nomine rẽ vitioſam emerint, niſi tempore emptionis præſens dominus fuerit, qui ſciuerit vænalis ſerui morbum aut vitium & potuerit ſeruum prohibere ne emeret, nec prohibuerit: Hoc enim caſu ignorantia ſerui ei non prodeſt, *l. 2. §. ſi ſeruus. ff. pro emptore.* Quod ſi autem certum hominem emere dominus mandauerit cuius morbum aut vitium non ignorabat dominus, verius eſt ignorantiam ſerui domino ſcienti non prodeſſe, quia ipſe contraxiſſe videtur, non ſeruus. *L.13. ff. de contrahend. empt.*

Nec huic obſtat quod ſi ipſe dominus in propoſito caſu emiſſe intelligeretur, non ſeruus, conſequens foret vt ſi ſciuerit ſeruus tale eſſe mancipium, dominus ignorarit, qui eum ipſum emi mandauit, ſcientia ſerui domino non noceat, quod tamen prædictis foret contrarium.

Reſp. Nam Cuiacius reſpondet capiendam eſſe eam occaſionem, quæ præbet benignius reſponſum: Benignius eſſe non reſcindi venditionem ſemel contractam: cuius ſuſtinendæ præſens occaſio eſt aliqua, cum & edicto coerceatur occaſio reſcindendæ venditionis ex cauſa morbi vel vitii quod latuit emptorem, breui tempore, puta ſex menſium.

Quid vero dicemus ſi procurator alicuius emerit rem morboſam aut vitioſam? Et quidem ſi procurator ſciuerit rem eſſe vitioſam aut morboſam, deficient ædilitiæ actiones ita vt nec ipſe procurator nec dominus eius experiri poſſit, licet alias ex contractu procuratoris domino detur vtilis actio, ſi aliter eam ſeruare nõ poſſit; Domino tamen procurator tenetur actione mandati vel negotiorum geſtorum ob delictum ſuum hoc eſt culpam ſuam. Et hoc indiſtincte tradit Africanus in *d. l. 51.* & congruit *l. imo, l. Non ſolum. §. penult. ff. de liberali cauſ.* ſiue certum hominem dominus, ſiue incertum emi mandauerit.

Nec obſtat huic *l. in ſeruo. eod. tit.* quæ vult, ſcientiam procuratoris domino non nocere. Nam illa lex agit de actione in duplum, quam ob ſcientiam, procuratoris non vult domino auferri aduerſus eum qui conditionem ſuam diſſimulabit, ne ſcilicet impunitus ſit dolus liberi



Digitized by Google

hominis, qui improbe ea in re verſatus eſt. At quoad Redhibitoriam actionem, etiam ſi dominus certum emi mandauerit, ſcientia procuratoris nocet, vt conſeruetur venditio potius, quam reſcindatur.

Ignorantia quoque procuratoris domino ſcienti non prodeſt, nec actionem præbet redhibitoriam, vel ex empto *l. 3. ff. de contrahend. empt.* Ipſi autem procuratori præbet, nec ſi ea repelli poteſt exceptione ex perſona domini. *Cuiac. tractat. 8. ad Africanum.*

Et quod procurator qui mancipium morboſum ignorans emit mandatu domini, morbum iſtum vel vitium ſcientis, redhibitoria agere poſſit, nec exceptione ex domini ſui perſona repelli queat probat diſerte *d. l. 51. ff. de adilit. edict.*

Sed tamen grauiter aduerſatur quod in eadem *l. 51.* exemplum ſerui adducitur, ſi enim ſeruus ignorans rē vitioſam emerit domini id vitium ſcientis mandatu, dicitur venditorem redhibitoria actione non teneri, & per conſequens exceptionem domini ab eo opponi poſſe: Idem igitur de procuratore etiam aſſerendum videtur.

Et quidem Connanus *3. comment. 14.* hac ratione motus fuit ad hoc, vt ſtatueret ex perſona domini exceptione procuratori opponi poſſe, & ideo textum *d. l. 51.* qui contrarium adſtruit, emendat atque pro *exceptionem ei non opponendam* ſubſtituit hæc verba: *Exceptionem etiamnum putat opponendam.*

Veruntamen hanc emendationem recte Robertus reprehendit, propterea quod plurimum, quoad propoſitum, inter negotium quod à ſeruo, mandato domini & illud quod à procuratore ex mandato geritur, intersit; quia ſeruus non in ſuam ipſius, ſed domini tantum perſonam negotium conferre intelligitur, cui paciſci & ſtipulari iure poſſit; Imo vero ſi ſtipulatio interueniat, ait Robertus, id ſeruus in ſuam ipſius perſonam iure conferre non poſſet *l. ſtipulatio iſta §. Alteri. ff. de verbor. obligat.* Vnde non mirum, ſi, cum tunc in eius perſonam id collatum non ſit, ſed tantum domini, qui inſuper id agendum mandauerit, ſola domini perſona attendatur: Secus autem in procuratore, cui, cum alteri paciſci aut ſtipulari non liceat, nec quidem mandati *l. 1. Cod. per quas perſonas nob. acquirit. l. ſi ego ff. de Negot. geſt.* is non aliter ex mandatu alterius negotium gerere poteſt, ſiue in iudicio, ſiue extra iudicium, quam negotium in ſuam ipſius perſonam conferat *l. Eum qui §. Iulianus. ff de conſtit. pecun. l. 1. Cod. de ſentent. & interlocut. omn. iud.* Ita vt ex mandato ſtipulando, paciſcendo & poſſidendo ſic obligationem dominiumque acquirat atque etiam vſucapiat, vt non aliter, quam ceſſione interueniente in mandantem ab eo transferri poſſint *l. poſſeſſio. §. vlt. ff. de acquir. poſſ. l. ſi procuratorem. §. vlt. ff. Mandat. l. 1. §. ſatis datum ff. quorum legator.* Itaque non mirum, ſi eius tantum procuratoris perſonæ ante factam ceſſionem ratio habeatur nec perſona domini quoad ſcientiam, attendatur.

Aliud tamen ſtatuendum in illis, per quos quaſi inter nuncios & miniſtros negotium noſtrum gerimus; quibus interuenientibus nudumque miniſterium præbentibus nobis conſtitui & acquiri poſſe conſtat. *Iuxta l. ſi inter in pr. ff. de pignoribus. l. eum qui §. vlt. cum l. ſequent. ff. de conſtituta pecunia. Robert. lib. 2. Recept. lect. c. 4.*

Subnectitur in fine huius theſeos quod æſtimatoria actione etiam ignorans venditor conueniri poſſit; Id quod conuenit textibus in *l. 1. §. 2. l. 2. l. 6. l. 13. princ. ff. de adilit. edict. leg. ſi minor. Codic. de*

*act. empt.* & ſupra à nobis expoſitum fuit.

*RESOLVTIO THESIS Quartæ.*

Lit. A. Vtramque porro actionem, Redhibitoriam, dico, & Æſtimatoriam ad heredes tranſire nulla dubitatio eſt *l.23.§.5. l. 19. §. penult. l. 48. §.5.D. de ædilit. edict.*

Sunt quippe hæ actiones ex contractu emptionis venditionis & ſunt rei perſecutoriæ, tales autem aduerſus heredes quoque dari, edocet Iuſtinianus in *tit.Inſtitut.de ædilit.edict.*& Iurisconſultus in *L.152.D.de Reg. Iur.158. eod.* De fideiuſſoribus quoque, qui in vniuerſam cauſam accepti ſunt idem plane aſſeritur in *l.56 D.eod.* Cuius iſthæc ſunt verba. *Quæro an fideiuſſori emptoris redhiberi mancipium poſſit. Reſpondi. Si in vniuerſam cauſam fideiuſſoribus acceptus ſit, putat Marcellus poſſe ei fideiuſſori redhiberi.*

Eſt igitur hæc ICti Pauli ſententia: ſi fideiuſſor emptionis cauerit tantum de re tradita, quæ veniit vel ſi cauerit tantum de euictione, non poſſe eum conueniri actione redhibitoria, ſed ſi interuenerit in omnem cauſam emptionis, velut ſeruum tradi, & ſeruo euicto dulpam recte præſtari & ſanum eſſe ſeruum & furtis noxiiſque ſolutum, fugitiuum non eſſe, erronem non eſſe, vel generaliter ſi emptor à fideiuſſore emptionis, quem venditor dedit, ita ſtipulatus ſit, indemnem me non domino præſtabis ex Marcelli ſententia Paulus ſcripſit hoc caſu fideiuſſorem poſſe conueniri redhibitoria actione, & ſeruum ei redhibere poſſe.

Sed tamen fideiuſſor redhibitoria actione conuentus, hodie recenti Iuſtiniani conſtitutione in *Nov.4.* habet beneficium ordinis, ſiue excuſſionis, ita vt emptor neceſſum habeat prius conuenire venditorem, & eo demum excuſſo, eius fideiuſſorem.

Deficiente vtraque actione, Redhibitoria & æſtimatoria, recurrendum eſt ad actionem in factum ædilitiam *leg. 31. §. 17.& ſeq.D.de ædilit.edict.* ſoletque ea plurimum dari quando facta redhibitio eſt & venditor moram facit in precii reſtitutione: Cum enim iniquum ſit, vt quis re ſimul & precio fruatur *l.emptorem,§.cum autem.ff.de act.empt.* placuit hac actione ipſum venditorem conueniri poſſe, atque tunc nō amplius quæritur, an cauſa redhibitionis ſit & vtrū res ſit in redhibitione, cū redhibitio iā ſit facta, ſed precii ſolum reſtitutio petitur *d.§.17.* Lit. B.

Etſi autem Speculat.*ad tit.de empt. & Qu. 15. vendit. §. de reſcind. vendit.* ſtatuat hanc actionem in factum eſſe perpetuam, iſta ratione ductus quod non ſit pœnalis, ſed rei perſecutoria, quales actiones prætorias eſſe perpetuas, aſſerit Iuſtin.*in tit.I.de*. *perpet. & temporal.actionib.*

*An actio ædilitia in factum ſit perpetua?*

Ab ea tamen ſententia diſcedit cum Caballino noſter Author propterea quod ædilit.actiones ſint temporales; hæc vero actio in factum ſit ædilitia.

Mihi vero ſententia Speculatoris veriſſima eſſe videtur ob rationem ab ipſo adductam. Nam obſtante contraria Caballini ratione: Ædilitiæ quippe actiones, Redhibitoria videlicet & æſtimatoria, idcirco ſunt temporales quia ſimul reſciſſoriæ & ad actum iure ciuili validum reſcindendum pertinent, *l. 35. Digeſt. de obligat. & Actionibus.* At hoc de iſta actione in factum ædilitia aſſeri non poteſt, quia de precio ſaltem reſtituendo datur, poſtquam emptio amplius non eſt, nec de redhibitione rei vel reſtitutione precii competit.

Datur præterea hæc actio aduerſus eum, qui in loco publico animal nociuum habet veluti verrem, aprum, canem aut ſimile animal *l.40. Digeſt.* Lit. C.

*de ædilit. edict. §. final. Inſt. ſi quadrupes pauperiem feciſſe dicatur.* vbi Iuſtinianus hoc modo ſcribit: *ſciendum eſt ædilitio edicto prohiberi nos canem, verrem, aprum, vrſum Leonem ibi habere qua vulgo iter fit, & ſi aduerſus ea factum erit & nocitum libero homini eſſe dicatur, quod bonum & æquum iudici videtur, tanti dominus condemnetur. Cæterarum vero rerum, quanti damnum datum ſit, dupli.*

Qu.16. *Quænam pœna ſit ſi animalia circulatorũ vel ioculatorum aliquem læſerint?* De pœna circulatorum & ioculatorum aut ſimilia animalia circumferentes, quanam afficiendi ſint, ſi forte metu illorum damnum ſit datum, ſæpe quæſitum fuiſſe Menochius ſcribit: Et quanquam Romanus *ſingul.* 704. ſtatuat pœnam eſſe ducentorum ſolidorum, ſi illæ beſtiæ aliquem interemerint propter *l.* 40. *cum ll ſeqq. ff. de ædilit. edict.* vbi ita ſcribitur: *Deinde aiunt ædiles: Ne quis canem, verrem vel minorem aprum, lupum, vrſum, pantheram, leonem, & generaliter aliudue quod noceret animal ſiue ſoluta ſint, ſiue alligata vt contineri vinculis quominus damnum inferant, non poſſint; Qua vulgo iter fit ita habuiſſe velit vt cuiquam nocere damnumve dare poſſit. Si aduerſus ea factum erit & homo liber ex ea re perierit, ſolidi ducenti, ſi nocitum homini libero dicetur quanti bonum æquum iudici videbitur, condemnetur. Cæterarum rerum quanti damnum datum factumue ſit, dupli.* Ecce hic in genere ſtatuitur propter hominem liberum ab animali nociuo, quod quis minus recte cuſtoditum habuerit, occiſum, pœnam ipſius animalis domino imponi ducentorum ſolidorum. Igitur hoc ad præſentem caſum etiam accommodari debet.

Cæterum Ripa in *tractat. de peſte. titu. de præſeruat. remed. contra peſtem num.* 89. quem ſequuntur Iacobus Menochius *lib.* 2. *arbitr. iud. quæſt. caſu* 366. & Treutlerus noſter exiſtimant, extraordinariam, ſiue arbitrariam pœnam domino hoc caſu irrogandam eſſe, quam ſuam opinionem probant ex *leg. vltim. Digeſt. de variis & extraordin. criminib.* vbi quæſtio præſens in terminis videtur eſſe deciſa: Nam illic Paulus in hæc verba ſcribit: *Incirculatores qui ſerpentes circumferunt & proponunt, ſi cui ob eorum metum damnum datum eſt, pro modo admiſſi actio dabitur.*

Huic ergo non reſiſtit *d.l.*40. cum ſequentibus quia caſus hic noſter expreſſe à regula illîc tradita exceptus eſt per *dict. l. final.*

## RESOLVTIO THESIS *Quinta.*

De Ædilitio edicto hactenus plus ſatis dictum eſſe videtur, nunc ſequitur vt de Euictionibus quoque diſpiciamus: Euictio appellatur à verbo euinco, quod idem ſignificat quod vincendo extorqueo. Euincere autem eſt ita vincere vt ea victoria aliquid à victo in aduerſarium transferatur. Transferatur aliquid ab aduerſario eidemque auferatur iudicio abſque vlla emptoris culpa: Hinc bene Donellus ſcribit, ad omnem euictionem legitimam, quæ emptori aduerſus venditorem detur nomine rei emptæ ſibi ablatæ, tria deſiderari. 1. Vt res vendita emptori ſit ablata, & ideo licet res vendita aliena ſit, aut pignori obligata idque etiam conſtet; tamen emptorem aduerſus venditorem non habere regreſſum, ait Donellus, quandiu res illi ablata non erit, ſeu quandiu illi rem venditam habere licebit, ſine cuiuſquam interpellatione, ſcilicet quia non eſt euicta, quæ ablata non eſt *l. habere. Digeſt. de legat.* 3. Id quod expreſſo reſcripto Impp. Seuerus & Antonius confirmant in *l.* 3. *Codic. de euict.* ita reſcribentes: *Qui rem emit & poſt poſſidet, quandiu euicta non eſt, auctorem ſuum propterea, quod aliena, vel obligata res dicatur, conuenire non poteſt:* Lit. A.

*teſt:* Res proinde empta emptori ablata eſſe debet vt euictionis nomine venditor conueniri poſſit. Requiritur 2. Vt ſit iudicio ablata: vnde ſi aliter res ablata ſit emptori, quam iudicio, vel ipſi perierit, euicta non dicetur, ac proinde eius periculum à venditore non præſtatur *l ſi ſeruus. 21. pr. ff. de euict.* Id quod etiam verbo *Vincendi* efficitur.

Nam victoria certamen præcedens ſignificat: duplex autem certatio eſt inter aliquos, vna quæ fit vi, altera, quæ iudicio: prior omni iure eſt prohibita: poſterior Iuſta & legitima *l. 13 ff. quod met. cauſa.* 3. Deſideratur ad legitimam euictionem vt ſit ablata iudicio neque culpa emptoris, neque iniuria iudicis, ſed duntaxat ob id, quod res eſſet petitoris, aut illi pignori obligata.

Quod & ipſum vincendi verbum ſignificat: is enim vincit, qui ratione vincit: hoc eo pertinet vt intelligatur re vendita iudicio euicta, ſic euictionem præſtari à venditore ſi ob id res euicta ſit, quia, vt dictum, eſſet actoris, aut ei pignori obligata. Et quod de re, culpa emptoris euicta non detur euictionis nomine actio, teſtatur *l. 8 Cod de euict.* ibi Alexander Imperator, *Emptor*, inquit, *fundi niſi auctori aut heredi eius denunciauerit, euicto prædio, neque ex ſtipulatu, neque ex empto actionem contra venditorem, vel fideiuſſorem eius habet; ſed etſi iudicio emptor non adfuit, aut præſens per iniuriam iudicis victus eſt abſente auctore, vel fideiuſſore, regreſſum adverſus eum non habet.*

De origine porro euictionis ita eleganter ſcribit Caſpar Caballinus in *tract. de euict.* Quæritur, inquit, quare introducta fuerit euictio? Faciebat dubitationem quod venerabile quiddam & immaculatum putabatur fidelitas & validiſſimum teſtimonium ſua cuiq; fides Zaſ. *ad §. de conſtituta. I. de act.* ab eo ſic appellata, quod fiat, quod dictum eſt Cic. *lib. 1. de offic.* ex quo extitit etiam illa priſcorum temporum aurea vox; inter bonos bene agier oportet Cic. *lib. 3. offic.* cui templum erat Romæ erectum, teſte Diony. Halicarnaſ.

Adeoque ſacroſancta priſcis & erat fides & habebatur, non ignorantibus, quā graue turpeque facinus ſit ſemel datam fidem fallere *l. 1. de conſtit. pecun. l poſtquam. §. Imperator. ff. vt legat. nom. caueat.* Cicero *pro Sext. Roſcio Amerino* propter id illo felici ſeculo omne id, quod agebatur inter homines, ſeruabatur, vt ne latum quidem vnguē à promiſſis recederent, ſic conſtans inter ipſos erat fides. Verum gliſcentibus deinde moribus in peius, neceſſum fuit illud, quod in hominum fide conſiſtebat, in legis nexum deducere: quocirca cum aliquando accideret vt promiſſa non adimplerentur, vel quia nō eſſet res promiſſa in bonis promiſſoris, vel facile è manu accipientis extorqueretur ſecuta traditione, vel quia in limine contractus immineret euictio vt homines auocarentur ab huiuſmodi alieni promiſſis ſub ſpecie ac velamine rei propriæ, introductum fuit remedium euictionis, quandoquidem Diuus Paulus dicit ad *Theſ. 1. c. 4.* Ne quis fratrem ſuum in negotio circumueniat vel ſupergrediatur: & hæc ita de origine.

Qualenam vero ſit remedium euictio, vtrum fauorabile, an vero odioſum dubitatur? Dicendum videbatur quod ſit fauorabile, quia ad Republic. vtilitatem ſpectare videtur, quo ſcilicet rerum commercia libera ſint & abſque omni fraude procedant *arg. l. 1. ff. de vſucap.* ſicut dicitur in puniendis maleficiis publicus fauor verti cum Reipublicæ interſit, ne maleficia maneant impunita *l ita vulneratus. ff. ad l. Aquil.*

Qu. 17. *An euictio ſit remedium odioſum, an vero ſit fauorabile?*

Sed quod ſit remedium odioſum dicendum exinde videtur, quod eſt remedium pœnale per rubric. quæ habet de euictionibus & duplæ ſtipulat. & per textum in *l. 2. eod.* vbi dicitur, ſi dupla non re-

promittetur & eo nomine agetur, dupli condemnandus erit reus: At omne remedium pœnale odioſum eſt *capit. odia. de Regul. Iur.* Et ita ſtatuit Paulus de Caſtro in *leg. cum emptor. Digeſt. ad leg. Falcid.*

Caſpar Caballinus vero concludit quod ex parte agentis ſit fauorabile, ex parte autem rei- conuenti odioſum, vt in ſimili dicunt Dd. de ſtatuto excludente fœminis propter maſculos, quod tale ſtatutum ex capite maſculorum ſit fauorabile, ratione conſeruandæ agnationis, ex capite fœminarum ſit odioſum.

Mihi neque Pauli de Caſtro, neque Caſparis Caballini placet ſententia, ſed potius primæ ſubſcribendum & inhærendum cenſeo: Quod enim diſſentientes aiunt remedium euictionis eſſe odioſum quia ſit pœnale, ad hoc reſpondeo, pœnas non eſſe odioſas, ſed maxime fauorabiles: quid enim, obſecro, magis fauorabile & maiori fauore dignum eſſe poſſet eo, quod non ſolum ſummopere vtile & neceſſarium eſt Reipubl. ſed quod etiam Reipublicæ fulcrum eſt ac fundamentum: Atqui pœnas, quibus calumniantium iniquitates reprimuntur, Reſpubl. à malis & pernicioſis hominibus purgatur, & tuta ſartaque tecta præſtatur, eſſe ſummum Reipubl. fulcrum & fundamentum, nemo eſt qui inficiari queat *leg. ita vulneratus. ff. ad l. Aquil.* Nec quicquam mouet quod reſpectu ipſorum, quibus irrogandæ veniunt, ſint odioſæ: Hoc quippe odium hîc plane non attenditur, vt quod maleficis ſuis & facinorib. iſti promeriti fuerint; Quin imo hoc ipſo quod odioſę ſunt facinoroſis, intelliguntur eſſe fauorabiles & ob id non reſtringendæ ſed ampliandæ potius & extendendæ erunt *l. 31. verſ.* Nam male meritus. *ff. depoſiti.* Et ideo regula iſta iuris in *d. cap. odia.* huc ad pœnas accommodari non poteſt.

Nec obſtat quod in *l. penult. ff. de pœn.* dicitur. Interpretatione legum pœnas molliendas potius eſſe, quam aſperandas. Quodque in *l. factum 155. §. fin. ff. de Reg. Iur.* Paulus ſcribit. In pœnalibus cauſis benignius interpretandum eſſe: Non enim hoc ita accipiendum eſt vt cum de delicto conſtat, benignus habeantur malefactores, cum Reipubl. interſit vt ſuppliciorum acerbitate & exemplo minuatur facinorum frequentia *l. Aut factum. ff. de pœn. d. l. 51. ff. ad l. Aquil. l. 3. Cod. de Epiſcopal. audient.* Sed ita hoc accipi oportet, vt ſi vel de crimine, vel de criminis ſpecie non ſatis aperta ſit probatio, tunc vel nullum delictum, vel quod inter plures infame & commiſſum interpretari conueniat. *l. hæ quidem. ff. de ſuſpect. tutorib.* Henric, Salmuth. in *comment ad Pancirollũ lib. 1. tit. de Fibula.*

Adde quod falſum ſit, euictionis remedium, ſiue actiones euictionis nomine proditas, eſſe pœnales quod enim rei perſecutionem contineant, infra dicetur: Nec contrarium euincit actio duplæ; ſiquidem hæc non propter delictum venditoris, ſed ex ſtipulatione exigitur; adeoque pœna eſt conuentionalis *l. 48. & 53. ff. de euict.*

Definit Author euictionem quod ſit rei noſtræ, quam aduerſarius legitimo titulo acquiſierat, per iudicem facta recuperatio. *l. 24. l. 56.* Cuius definitionis ſingula prope membra ſupra expoſita & declarata, & in ſequentibus pluribus adhuc declarabuntur. Azo in *ſumma de euict.* definit euictionem, quod ſit emptæ rei vel ex aliqua iuſta cauſa acceptæ per iudicis ſententiam adductio. *Lit. B. Qu. 18. Quænam ſit vera euictionis definitio?*

Sed hanc definitionem improbat Caballinus, propterea, quod non ſemper neceſſarium eſt rem adduci vt videatur euicta *l. euicta. §. 1. ff. de euict.*

Petrus Gomezius in *addit. ad Decium*

in l.

*in l. quod euincitur. Digeſt. de regul. iur.* ſic definit euictionem, quod ſit abductio quædam, vel amiſſio, rerum, quæ emptę ſunt, vel alio modo alienatæ, vero domini inſcio.

Verum & iſta definitio non arridet Caballino & idcirco hoc modo ipſe definire noluit euictionem, quod ſit rei emptæ recte facta ablatio amiſſioue.

Mihi retinenda videtur Authoris definitio vtpote rotunda & cæteris clarior & magis perſpicua.

Qu. 19. *In l. 56. ff. de euict. vtrũ legi debeat ſimpla, an dupla?* Obiter & incidenter de vera lectione *l. 56 princip. Digeſt. de euict.* quæſtionem & controuerſiam hic mouet Author noſter. Cum enim ibi hoc modo legeretur: ſi dictum ſit vendendo vt ſimpla promitteretur &c. Cuiacius *c. 11. obſeru. 4.* pro *ſimpla* legit & ſubſtituit *dupla*: Huius vero ſuæ emendationis hæc habet fundamenta 1. Quod promiſſio ſimplæ plane foret otioſa, quia licet dictum non ſit in venditione vt ſimpla promittatur, ex empto tamen actio ſit in ſimplam, & in id quod intereſt *l. ſi in venditione. 60 Digeſt. de euict.* 2. Quia cum in verbis mox ſequentibus dicitur *vel triplum, vel quadruplum,* colligi veriſimiliter poſſit dupli etiam in præcedentibus mentionem eſſe factam.

Sed hanc emendationem recte reiicit Antonius Faber 2. *coniect. 3.* & ad prius fundamentum Cuiacii reſpondet, quanquam ſi in venditione dictum non ſit quantum venditorem pro euictione præſtare oporteat, nihilominus ſimplam venditor præſtat *dict. leg. ſi in venditione*: multum tamen intereſſe, an in vendendo promiſſa ſit ſimpla, an promiſſa non ſit: quoniam ſi promiſſa non eſt, poſſit emptor antequam res euincatur iure poſtulare vt ſibi dupla repromitteretur *l. 2. eod.* adeo vt idem quoque obtineat ſi ſimplam per errorē ſtipulatus *l. emptori 27. §. vlt. eod.* id quod ex edicto ædilitio deſcendare ait Anton. Faber *l. 31. § qui aſſidua. ff. de ædilit. edict.* Hanc autem actionem quæ ex ædilium edicto in id competit, vt dupla promittatur, cum ſi honoraria, dicit, perpetuam non eſſe: at ſi in vendendo hoc ipſum expreſſum fuerit vt dupla promittatur, ex empto agi in id poſſe vt dupla promittatur, actio ex empto ad duplam perpetua erit, vt quæ ciuilis ſit, ex conuentione deſcendens, nec obſtat quod Iauolenus ſcribit, euictionis nomine nihil venditorē præſtare præter ſimplam, ſi aliud non conuenerit; hoc enim ita accipiendam ait Antonius Faber, ſi euicta res ſit antequam in id actum eſſet vt dupla promittatur. Alioqui priuſquam res euicta ſit, ſimplam emptori præſtandam non eſſe, quamuis eam rem alienam aut obligatam eſſe appareat, ſed tantum, quantum emptoris intereſt eam rem alienam aut obligatam ſciuiſſe *leg. 4. Digeſt. de action. empt.*

Recte etiam hoc monet Anto. Faber, circa id quod ſcriptum eſt in *l. 60. ff. de euict.* quantum venditorem pro euictione præſtare oporteat, aliud eſſe quærere quantum venditor præſtare & aliud quãtum venditor promittere debeat: Si dictum non ſit quantum præſtare debeat, nihil præſtiturum præter ſimplum & ſi quid præterea interſit: at ſi priuſquam præſtari quicquam oporteat, quæratur quid promittere debeat, dicendum promittere duplam debere *l. 2. eod. tit.*

Ad alteram Cuiacii rationem reſpondet Antonius Faber, in Florentinis Pandectis recte quidem legi, *vt ſimpla promittatur,* ſequentia vero ſic legenda eſſe, *vt duplum, vel triplum, vel quadruplum promittatur,* ſicut etiam quibuſdam in exemplaribus legatur.

De re porro non ſolum corporali, ſed *Lit. C.* incorporali etiam vendita euictionem

nem eſſe præſtandam veriſſimum eſt; idque euincunt textus ſatis perſpicui in *l. 38 §.3. Digeſt. de verbor. oblig. l 43. Digeſt. de euict.*

De ſeruitutibus vero, ſi quæ prædio vendito impoſitæ fuerint vrbanæ vel ruſticæ, illæque fuerint euictæ anne euictionis nomine agi poſſit ex duplæ ſtipulatione, quæritur?

Qu. 20.

*An nomine ſeruitutũ quæ in re vendita euincuntur, competat actio?*

Et quidem Iohannes Coraſius *ad l. 38. §. 3. ff. de verb. obl.* ſtatuit de ſeruitutibus quoque euictis agi poſſe duplæ, quæ ſententia hiſce rationibus confirmari videtur.

1. In 38. §. 3. *ff. de verb. oblig.* ita ſcribit Vlpianus: *Si quis forte non de proprietate, ſed de poſſeſſione nuda controuerſiam fecerit, vel de vſufructu, vel de vſu, vel de quo alio iure eius quod diſtractum eſt; palam eſt committi ſtipulationem, habere enim non licet ei cui aliquid minuitur ex iure quod habuit.* Ecce hic non ſolum generaliter dicitur committi ſtipulationem habere licere, & conſequenter innuitur de euictione ex ſtipulatione dupli agi poſſe quando vſusfructus, vſus vel quod aliud ius rei venditæ fuerit euictũ: atqui ſeruitutes eſſe iura indubitatũ eſt *tit. l. de ſeruitut. prædior.* Sed & ratio ad ſeruitutes prædiales omnino pertinens ſubiicitur; quia nempe habere non licet ei, cui aliquid minuitur ex iure quod habuit Atqui ius prædii minui per ſeruitutes prędiales, plus quam manifeſtum eſt, *l. quoties. ff de ſeruit.* Igitur committitur etiam in ſeruitutibus prædialibus ſtipulatio iſta habere licere, & conſequenter de ſeruitutibus euictis competit actio ex ſtipulatione duplæ.

Huic accedit quod Vlpianus ait, quoties de ſeruitute agitur, victum tantum debere præſtare quanto minoris emiſſet emptor *l. quoties. Digeſt. de ædilit. edict.*

Cui ſententiæ ſubſcribit etiam Papinianus in *l. in venditione 41. Dig. de act. empt.* in qua hoc modo ſcribit: *In venditione ſuper annua penſione pro aquaductu infra domum Romæ conſtitutam, nihil commemoratum eſt, Deinceps ob eam rem ex empto actionem habet; itaque conueniatur ob pretium ex vendito ratio improuiſi oneris habetur.* Vult igitur etiam Papinianus de aquæductu actionem euictionis nomine dari.

Confirmat denique eandem hanc ſententiam etiam exemplum vſusfructus & vſus, ſeruitutum perſonalium, quarum nomine ex ſtipulatione duplæ competere actionem, indubitatum eſt *dict. l. 38. §. 3. & l 43. ff. de euict.* vbi innuitur, ſi vſusfr. aut vſus euictus fuerit ex duplæ ſtipulatione agi poſſe. At bonum eſt argumentũ quod à ſeruitutibus perſonalibus ducitur ad prædiales vbi diuerſitatis ratio aſſignari nequit.

Cæterum ſententia contraria communiori Dd. calculo recepta & comprobata eſt; eumque non parum confirmat *l. quod ad ſeruitut. ff. de euict. l. cum venderes. Dig. de contrahend. empt.* vbi dicitur, quod ſeruitutum nomine venditor promiſſorue ita demum teneatur ſi fundum liberum, vel vti optimus maximusque eſt, vendiderit aut promiſerit, nam qui ſimpliciter fundum vendit, talem præſtare eum debet, qualis eſt, niſi forte ſciens prudensque emptori id ignoranti vendiderit *l. 1. de act. empt.* Cum igitur id ſpecialiter & expreſſim conſtitutum ſit de ſeruitutibus, dubitandum non eſt, quin hæc verba, quamlibet generalia, cum hac exceptione intelligi debeant, vt generi per ſpeciem derogetur *l. in toto. Digeſt. de regul. iur.*

His nihil aduerſantur argumenta diſſentientium: nam ad *d. l. 38. §. 3.* Reſpondetur verba iſta, *vel quo alio iure*, accipiẽda eſſe de iure pignoris, ſuperficiario, emphyteutico aut alio huiuſmodi, quo impeditur ſtipulator emolumentum rei capere, idque ratio etiam ſubiecta ſatis euincit: iam vero ſeruitutes prædiales non ſunt eiuſmodi vt impediant dominum

præ-

Digitized by Google

prædij capere emolumentum, quia etſi alius eat per fundum meum, ego tamen nihilominus etiam ire poſſum & fructus aliaſque commoditates percipere. Ad *l. quoties. ff. de ædilit. edict.* reſpondet Duarenus, ea lege hoc ſignificari, *quo caſu de ſeruitute agitur, officium iudicis eſſe vt venditorem condemnet quanto minoris, &c.* agi autem de ſeruitute certis ex cauſis, veluti cum venditor fundum liberum vendidit aut ſeruitutem dolo malo celauit *d. l. quod ad ſeruitutes & d. l. cum venderes.*

Sed Iacobus Cuiacius ad *d. l. 38. §. 3.* reſpondet, in *dict. l. quoties.* non agi de actione ob euictionem, in duplum vel in id quod intereſt, ſed de actione æſtimatoria quanto minoris, quæ euicta ſeruitute ſemper competat.

Ad *d. l. in venditione. 41. ff. de act. empt.* reſpondet Duarenus, eam non loqui de ſeruitute, ſed de annuo vectigali, ſeu penſione in tutelam publici aquæductus præſtari ſolitam *leg. ſi pendentes. ff. de vſufruct.* quæ emolumentum rei magnopere minuit.

Poſtremo exemplum vſufructus parum ad rem facit: Diuerſiſſima quippe ratio eſt, quoad propoſitum, vſusfructus & cæterarum prædialium ſeruitutum. *Tum* quia vſusfructus eſt pars rei venditæ *l. 4. ff. de vſufr. l. vacca 43. ff. de euict.* Atqui actio de euictione datur ſiue tota res euincatur ſiue pars *l. 1. ff. de euict. Seruitutes* autem prædiales pars non ſunt prædii. *Tum* etiam quia vſusfructus emolumentum rei omnino continet, ſeruitutes non æque *l. Mæuius 68. §. fundo. l. cum filius 78. §. dominus. ff. de legat. 2. Tum* denique quia per id, quod ſeruitus debetur de iure dominii nihil imminuitur, neque ad perſecutionem, neque ad vtendi fruendi facultatem: nec enim per id, quod alteri per fundum meum iure ſeruitutis ire agere licet, ideo id mihi non licet, quod in vſu & vſufructu ſecus ſeſe habet.

Quod ex iure Saxonico hic Autor ſubiicit fundatur quidem in *d. text. lib. 3. art. 7.* Landtrecht. Sed tamen veram rationem habere non videtur, nec ſatis apparet quare Iudæi hoc debeāt gaudere priuilegio vt nomine rei alienæ ab ipſis diſtractæ, & emptori euictæ, ab emptore de euictione conueniri non debeant: quin hoc ius plane irrationab le eſſe iudico: *Tum* quia hac ratione Iudæis occaſio præberetur res furtiuas à furtibus emendi & ſine metu atque periculo diſtrahendi. *Tum* quia æquitati qua ſupra ſub initium huius diſputationis actionem de euictione niti dictum eſt, hoc ſtatutum plane aduerſatur, *Tum* denique quia abſurdum eſt Iudæos, omni odio digniſſimos, maioribus frui priuilegiis eorundemque conditionem in iure meliorem eſſe, Chriſtianorum.

*Lit. D.* Qu. 21. *An donatio actione euictionis nomine admittatur?*

Euictionem proprie ad emptionem-venditionem pertinere certum & expeditum eſt *l. 1. & tot. tit. Cod. de euictionibus.* Quæritur anne ad donationem quoque extendi debeat, ſic vt ſi res aliena donata eaque donatario euicta ſit, actio de euictione detur aduerſus donatorem? Et quidem Accurſius & Azo, quos ſequitur Sichardus in *l. 2. Cod. de euict.* hoc modo circa propoſitam quæſtionem diſtinguunt: Vel ipſa donatio incipit à promiſſione, à conuentione & pacto cum nempe donator dicit ſe donare, ſuamque voluntatem donare volentis declarat, Aut vero capit initium à traditione, ita vt non ſolum donare ſe teſtetur ſuamque voluntatem de donando declaret ſed ſimul etiam rem tradat: priori caſu volunt donatario aduerſus donantem de euictione competere regreſſum, vt is donatario æſtimationem rei euictæ præſtet: poſteriori vero caſu aiunt actioni de euictione locum non eſſe.

Rationem vero huius diſtinctionis iſtam adducunt, quod qui promittit aliquid dare is pariter promittat ſe velle

3. In *l.2.C.de euict.* in hæc verba reſcribunt Impp. *Quoniam auus tuus, cum prædia tibi donaret, de euictione eorum cauit, potes aduerſus coheredes tuos ex cauſa ſtipulationis conſiſtere ob euictionem prædiorum: nudo autem pacto interueniente, minime donatorem hac actione teneri, certum eſt.* His verbis ſignificant Impp. quod donator tunc de euictione teneatur, ſi non nudo pacto, ſed ſtipulatione donatario de euictione cauit: Vnde, argumento à contrario ſenſu colligitur quod ſtipulatione ea de re donatario cautum ſit, ſed aut pacto nudo ſit cautum, aut plane cautum ſit non poſſit donatarius de re euicta donatorem conuenire.

Et ita ſtatuunt & ſentiunt Franciſcus Duaren. *ad tit. Cod. de Euict. ad l.2.* Donellus & Cuiacius *eod.*

Neque difficultatem hanc expedit diſtinctio Accurſii, Azonis & Sichardi; quod enim nec eo caſu, quo donatio eſt nuda conuentione facta, poſſit actio de euictione locum habere, ex præcedentibus plus ſatis liquet. Et ſane, ſi propterea non poteſt aduerſus donatorem de euictione agi quando à conſenſu & nuda conuentione initium cepit donatio, quia donator ſit obligatus ad dandum, ſiue ad tradendum, ſequetur infallibiliter quod idem in donatore & eo caſu ſtatuendum ſit, quo à traditione initium factum & donationis, quia & tunc non eſt ſatisfactum obligationi donatoris, cum nõ tradiderit rem ad quam tradendam obligatus fuit.

Ad *leg. Ariſto. §. vlt. Digeſt. de donat.* reſpondet Donellus, ibi ſcientem donaſſe alii rem alienam, nec tamen hoc caſu donatarium habere actionem de euictione ſi res donata ei fuerit euicta, ſed deceptum donatarium habere aduerſus donãtem de dolo actionem, ex quo validiſſime ait Donellus inferri & concludi quod de euictione actio donatario non competat, quia alias actio de dolo ſubſidiaria non competeret *l.1.ff. de dolo malo.* Deinde actio, quæ in præſenti caſu datur donatario, cõpetit duntaxat ei ad ſũptus quos in rem alienam fecit.

Ad illud argumentum, quod comparatione donationis & venditionis deducitur, facilis eſt reſponſio: Non enim recte, quoad ius euictionis, donatio comparatur emptioni-venditioni: Nam precium, quod præſtat emptor vẽditori rei venditæ, euictionem & ſimiles præſtationes ex æquo & bono inducit *l.1.pr.ff. de rerum permutat. l. Emptorem §. fin. Digeſt. de act. empt.* At ex donatione, quæ meræ liberalitatis eſt, nulla obligatio huiuſmodi præſtationum donatario aduerſus donatorem acquiritur *l. hoc iure. ff. de donat. d. l. ad res donatas.*

Non denique aduerſatur quod tradere promittens nõ, niſi rei traditione dominũ transferatur: Hoc quippe, ait Duarenus, accipiendum eſt ſecundum cauſã, ex qua quis dare promiſit, vt ſi ſine cauſa ſtipulatio concipiatur, omnino inutilis ſit *l. 2. §. ſi cicca ff. de doli except.* Si vero præceſſit cauſa vt in cõtractibus donationis & venditionis, quæ traditionem non dominii translationem inferunt. *d. §. perficiuntur.* hoc caſu ſtipulatio dandi huiuſmodi cauſis adiecta, dominii translationem non inducit, ſed ſecundum naturam dictorum contractuum intelligitur *d. l. ſi ſtipulatus* Duaren. *d. loco.*

Non igitur obligatus eſt donator ſi de euictione præſtanda nihil conuenerit. Sed etſi nudo pacto conuenerit vt donator donatario prẽſtaret euictionem, non tamen actionem euictionis nomine donatarius habebit; ita enim Impp. in *leg. 2. Cod. de euictione: Nudo*, inquiunt, *pacto interueniente minime donatorem hac actione teneri certum eſt.*

Ratio autem huius iſta adducitur, quod nudum pactum ad actionem producendam inefficax ſit *leg. 7. §. 5. & l. 45. ff. de pact.*

*de pact. l. 10. Cod. eod.* Tale autem ſit pactum quo donator donatario euictionem promittit.

Sed duo huic grauiter aduerſari videntur. 1. Quod hodie Iuſtiniani conſtitutione in *l. 35. C. de donat. & §. alia. Inſtit. eod. titul.* cautum & conſtitutum ſit, vt ex ſolo pacto de donando donator obligetur ad hoc vt rem tradat idque ad exemplum venditionis: vnde videtur dicendum quod *d. l. 2. Cod. de euict.* ſit correcta & emandata, ſic, vt licet ſtipulatione non fuerit donatario de euictione cautum tamen ad exemplum venditionis, cui quoad effectum æquiparatur donatio, præſtanda ſit euictio à donatore, re donata donatario euicta.

Reſpondet equidem Donellus, Iuſtiniani conſtitutionem non aperte emendare *d. l. 2.* quod tamen eſſet neceſſarium ſi correcta iſta lex eſſe deberet *arg. l. præcipimus Cod. de appellat.* ſed hoc ſaltem cauere, vt donator rem tradat, quemadmodum in venditione venditorem tradere oporteret; indeque colligendum ait Donellus, ſi donator rem, de qua donanda pactus eſt, tradiderit donatario, legi Iuſtiniani ſatis factum eſſe, eoque donatorem liberari: Cui rurſus ſit conſequens, ſi poſtea res tradita euincat, euictionem à donatore non debere præſtari, quia nihil de eo cautum ſit lege Iuſtiniani & quia prius donator liberatus ſit tradendo, vt dictum eſt.

Veruntamen difficultatem huius obiectionis non tollit, nec nodum diſſoluit hæc reſponſio. Si enim hoc noua Iuſtiniani lege cautum eſt, vti ſane expreſſe cautum eſt, quod ad exemplum venditoris donator rem donatam tradere debeat, ſequitur quod, ſicut venditor obligatus eſt vel ad dominium rei in emtorem transferendum, vel ad euictionem ipſi præſtandam *l. 11. §. 2. ff. de act. empt.* Ita quoque Donator teneatur traditione vel dominum efficere donatarium, vel euictionem præſtare. Accedit quod quem effectum habet traditio ad quam venditor obligatus eſt emptori, eundem etiam effectum habeat traditio ad quam donator donatario eſt obſtrictus, per textum expreſſum in *d. l. 35. C. de donat. & §. Aliæ l. eod.* Iam vero traditio in venditione hoc operatur vt venditor mediante ea aut dominum faciat, ſi ipſe dominus fuit rei venditæ, aut ad euictionem obligetur: Ita quippe in *d. leg. 11. §. 2. Vlpianus ſcribit: Et in primis, inquit, venditorem ipſam rem præſtare oportet id eſt, tradere, quæ res, ſiquidem, dominus fuit venditor, facit & emptorem dominum; ſi non fuit, tantum euictionis nomine venditorum obligat*: perinde igitur donator, rem tradendo, aut dominium transferet in donatarium, ſi ipſe dominus fuit, aut, ſi non fuit, euictionis nomine donatario obligabitur. Ex quo ſane liquet, Iuſtiniani conſtitutionem ſatis aperte *d. leg. 2. C. de euict.* emendare. Ex eodemque apparet donatorem non liberari ſola & nuda traditione, nec Iuſtiniani legi per eam ſatisfeciſſe.

Obſtat præterea quod pactum in continenti contractui adiectum, pariat actionem *l. 7. §. 5. ff. de pact.* Igitur ſi donationi adiectum fuerit pactum de præſtāda euictione, ratio plane nulla appareat cur ad actionem idoneum & efficax eſſe non debeat.

Plane itaque perſuaſum mihi habeo donationem ſua natura, etiam, nulla de præſtanda euictione pacto adiecto, obligare donatorem ad euictionem præſtādam, & ideo multo magis eundem obſtrictum ad eam eſſe ſi pacto euictionem promiſerit.

Cæterum etſi de præſtanda euictione ex ipſo contractu emptionis- venditionis, citra vllam aliam vel ſtipulationem,

Digitized by Google

nem, vel pactionem teneatur, eo quod contractus venditionis bonæ fidei eſt, quo omne id quod alterum alteri præſtare æquum & bonum eſt, quamuis nihil de eo ſpecialiter conuenerit, continetur *§. in bonæ fidei. l. de act. tot. tit. l. de obligat. ex conſenſ.* bonæ autem fidei per omnia congruat vt venditor emptori euictionem præſtet, vt ſupra oſtenſum fuit ſub initiũ huius diſputationis; ſolet tamẽ plerumq; venditor emptori de ea expreſſe cauere per ſtipulationem ſimplæ, qua emptori promittit, ſi res vendita euicta fuerit, ſimplum pretium reſtituere *l. 16. l. 37. ff. de euict.* vel ſtipulatione duplæ, qua cõtinetur vt re euicta duplum pretii conuenti præſtetur *l. 17. l. 18. l. 53 ff. de euict.* cauere, inquam, ſic tenetur vẽditor per ſtipulationẽ, per fideiuſſores vero cauere, hoc eſt, ſatisdare non tenetur *l. 56. eod. tit.* Hæc autem ſtipulatio ſimplæ vel duplæ tunc demum committi & ex ea ſimplum vel duplum deberi, quando res emptori reuera eſt euicta iudicio eidemque ablata, ſupra fuit demonſtratum ex *l. 3. C. de euict.* vbi Imperator dicit ſi ſolum aliena & alteri obligata appareat res vendita, ſi tamen nondum ſit etiam emptori iudicio ablata, actionem, de euictione non dari.

## RESOLVTIO THESIS
### *Sexta.*

Lit. A. Duæ igitur euictionis nomine competunt actiones, vna ex empto, ex contractu emptionis-venditionis, etſi nihil de ea conuenerit, deſcendens, *l. 60. pr. ff. de euict. l. C. eod.* quam Dd. tacitam euictionem appellitant, rectius fortaſſis tacitam dicerent conuentionem de euictione præſtanda, quæ vi ipſa & tacite contractu emptionis-venditionis continetur.

De parte integrali ſi euicta fuerit, vtrum euictionis nomine agi poſſit, dubitatur? Videbatur enim hoc prima fronte affirmandum, quia quicquid iuris eſt in toto, illud etiam iuris debet eſſe in ſingulis eius partibus, integralib. maximè; Veruntamẽ contrarium reſpondit Paulus Iuriſcouſultus in *l. 36. ff. de euict.* *Naue* inquiens *aut domo empta, ſingula cæmenta vel tabula empta non intelliguntur; ideoq; nec euictionis nomine obligatur venditor, quaſi euicta parte.* Et ratio huius etiam expedita eſt, quod nempe ſingulæ tabulæ, ſingula cæmenta proprie non ſunt pars nauis vel domus per textum apertum in *l. eum, qui ædes. ff. de vſucap.*

Quod porro in *l. 1. ff. de euict.* dicitur actionẽ de euictione competere, ſiue pars ſiue totũ euictum ſit, hoc de ea parte quæ totius naturam, formam & nomen retineat, accipiendum eſſe monet Weſenb. *in paratit. l. de euict. n. 9.*

Illud dubio non caret, vtrum ſi ſtipulatio duplæ interpoſita ſit, adhuc actio ex empto euictionis nomine competat, ita vt in arbitrio ſit emptoris vtra actione experiri velit, an actione ex empto an vero actione ex ſtipulatu? Etſi vero Antonius Faber *lib. 3. coniect. cap. 1.* ſtatuat actionem ex empto nouari & tolli interpoſita ſtipulatione duplæ, verior tamen mihi contraria opinio videtur, quam & Donellus & Weſenbecius amplectuntur, eaque etiam probatur ex *l. 18. ff. de euict.* in qua ita Paulus: *Sed etſi exceptio omiſſa ſit, aut oppoſita ea, nihilominus euictus ſit, ex dupla quoque ſtipulatione, vel ex empto poteſt conueniri; maxime cum & iuri nouo, vt mox dicetur, ſententia hæc plane conueniat.*

Qu 22. *An ſtipulatio dupla nouet actionem ex empto de euictione competentẽ?*

Cæterum pro Antonii Fabri ſententia facit primo *l. ſi ſeruum. 4. ff. de act. empt.* vbi Paulus non ideo minus ex empto agi poſſe dicit, quia ex ſtipulatione prius agi non poſſit quam emptori aliquid abſit: quod ſi itaq; ex ſtipulatione agi poſſet, ex empto proculdubio agi non poſſet, id quod ratio Pauli perſpicuè indicat.

2. Eodemque facit etiam *l. ſi in venditione. 60 ff. de euict.* venditorem ibi dicitur euictionis nomine teneri in ſimplam, & ex natura actionis ex empto in id quod intereſt, ſi in venditione dictum non ſit, quantum pro euictione eum præſtare oporteat: vnde colligitur ſatis aperte quod, interpoſita duplæ ſtipulatione, ex empto in id quod intereſt agi non poſſit, licet ſupra duplam interſit.

3. In *l. ex empto. §. Caſſius. Digeſt. de act. empt.* Cum Caſſius negaret ex empto agi poſſe, interpoſita ſtipulatione duplæ, Iulianus Iuriſconſultus, cuius ſententiam Vlpianus approbat, deficiente dupla ex empto agendum ſtatuit: ex quo rurſus ſequitur quod ſtipulatio duplæ nouet actionem ex empto.

4. Hoc autem ideo, quia in duplæ ſtipulatione hic animus ſit contrahentium vt litis duntaxat æſtimationem taxent, non etiam ſi quid præterea interſit. Et hanc in genere ſtipulationum prætoriarum cautionalium eſſe conditionem & naturam, dicit Antonius Faber vt habeant vim nouandi ac præcedentes actiones tollant & nouent.

Hinc Æguin. Baro textum *dict. l. 18.* emendat & verba iſta, *ex empto*, expungit: Antonius Faber autem ita ait textum intelligi oportere, quod ex ſtipulatione, ſi ſtipulatio interuenerit, ex empto autem ſi ſtipulatio non interuenerit, agatur.

Ego vero, etſi non auſim negare, iure veteri, quod in Pandectis habetur, actionem ex empto per ſtipulationem duplæ nouatam fuiſſe; id tamen hodie amplius non obtinet, poſtquam Iuſtinianus conſtitutione ſua generaliter cauit, ne amplius nouatio facta cenſeatur, quam ſi hoc expreſſe à contrahentibus dictum fuerit, quod nempe ſtipulationem ſubiecerint animo priorem contractum nouandi *l. final. Codic. de Nouat. Et generaliter*, ibi inquit, *definimus voluntate ſolum eſſe non lege nouandum, & ſi non verbis exprimatur vt ſine nouatione cauſa procedat*: Quam ſuam conſtitutionem clarioribus verbis repetit *in paragraph. penult. Inſtitut. quib. mod. obligat. toll.* in hæc verba ſcribens: *Sed cum hoc quidem inter veteres conſtabat, tunc fieri nouationem, cum nouandi animo in ſecundam obligationem itum fuerat; per hoc autem dubium erat, quando nouandi animo videretur hoc fieri & quaſdam de hoc præſumptiones alij in aliis caſibus introducebant, ideo noſtra proceſſit conſtitutio quæ apertiſſime definiuit, tunc ſolum nouationem prioris obligationis fieri, quotiens hoc ipſum inter contrahentes expreſſum fuerit quod propter nouationem prioris obligationis conuenerunt, alioquin & manere priſtinam obligationem & ſecundam ei accedere vt maneat ex vtraque cauſa obligatio ſecundum noſtræ conſtitutionis definitionem, quam licet ex ipſius lectione apertius cognoſcere.*

Ex hac itaque noua Iuſtiniani conſtitutione liquido patere exiſtimo quod actio ex empto per duplæ ſtipulationem non ſit nouata, ſed vtraq; actione vel ex empto, vel ex ſtipulatione experiri poſſit, vt proinde fruſtra de iure veteri diſputetur.

Illud otioſe fortaſſis monetur, quod in actione ex empto æſtimatio fieri debeat ex pretio communi, cum, excepto in litem iureiurando, in rebus æſtimandis non habeatur vlla ratio ſingularis affectionis.

Alteram actionem, euictionis nomine competentem, diximus eſſe actionem ex ſtipulatione ſimplæ vel duplæ: ſimplæ, qua emptor ſimplum hoc eſt pretium rei conſequitur; ſed num etiam intereſſe præter rei pretium? Affirmant nonnulli, duo capita huius actionis ex ſtipu- *Lit. B.* Qu. 23. *An ex ſtipulatione ſimpla intereſſe emptor conſequatur?*

ſtipulatione ſimplæ, quorum altero pretium, altero intereſſe contineatur conſtituentes. Veruntamen hæc ſententia mihi placere non poteſt quia ſtipulatione iſta tantum ſimplum pretii emptor ſtipulatur, venditor promittit, de intereſſe vero nihil inter ipſos conuenit: atqui ſtipulatio ſtricti eſt iuris, ita vt quicquid in ea verbis expreſſum non eſt, pro omiſſa habeatur *l. quicquid. Digeſt. de verbor. obligat.*

Nec obſtat *l. euicta 70. ff. de euict.* vbi Paul. ait, *euicta re ex empto actionem non ad pretiũ duntaxat recipiendum, ſed ad id quod intereſt competere.*

Diſtinguẽdum quippe eſt inter actionem ex empto & actionem ex ſtipulatione ſimplæ: hæc quippe ſtricti iuris eſt, vt diximus ex *d. l. quicquid.* Illa vero eſt bonæ fidei §. *28 I. de act.* & ideo in eam id omne venit quod venditorem præſtare emptori æquum & bonum eſt §. *in bonæ. 30. I. de actionib.* & conſequenter etiam vltra pretium id quod intereſt emptoris rẽ ſibi alienam venditam non fuiſſe, ſi fortaſſis intereſſe excedat pretium, vt interdum accidit.

Idem quoque ad *l. ex empto.* §. *fin. l. 43. ff. de act. empt. 74. ff. de euict.* reſpondendum erit.

*Lit. C.* Actione duplæ ex ſtipulatu agi ad duplicatum pretium, etiam ſupra indicauimus: & probatur ex *l. 17. 48. 56.* §. *2. Digeſt. de euict.* Duplari enim ex hac ſtipulatione pretium, non vero rei æſtimationem, & quanti valuit, textus eſt dilucidus in *l. ſi fundo. 53. ff. de euiction.* vbi Paulus, *ſi fundo tradito,* inquit, *pars euincatur, ſi ſingula iugera venierint certo pretio, tunc non pro bonitate, ſed quanti ſingula venierint, quæ euicta fuerunt, præſtandum, etiamſi ea, quæ meliora fuerunt, euicta ſint*: Hinc itaque palam eſt, pretium rei euictæ, quod ſtipulatione ſimplæ vel duplæ petitur, non auferri etiamſi res bonitate ſua aucta interim fuerit vel diminuta, ſed id pretium vel eius duplũ exigitur quo res prius vendita fuit. Id quod clare admodum ſignificat Papinian. in *l. 64. ff. de euict.* ita ſcribens: *Ex mille iugeribus traditis ducenta flumen abſtulit; ſi poſtea pro indiuiſo ducenta euincantur; duplæ ſtipulatio pro parte quinta, non quarta præſtabitur: Nam quod periit damnum emptori, non venditori attulit. Si totus fundus quem flumen diminuerat, euictus ſit, iure non diminuetur euictionis obligatio, non magis, quam ſi incuria fundus, aut ſeruus traditus deterior factus ſit: Nam & è contrario non augetur quantitas euictionis, ſi res melior fuerit effecta.* Idem igitur pretium re euicta reſtituendum eſt, quod emptor dederat, ſiue interim res deterior, ſiue melior fuerit reddita: nam ſi melior ſit facta, cedit lucro emptoris; ſin deterior, pertinet ad damnum emptoris.

Vtramque actionem, ex empto videlicet & ex ſtipulatione duplæ vel ſimplæ tunc demũ cõpetere quãdo res, vel tota, vel aliqua pars eius euicta eſt, & de parte non minus atq; de tota re euicta agi euictionis nomine poſſe, textus eſt apertus in *l. 1. ff. de euict.* ibi Vlpian. *ſiue tota,* inquit, *res euincatur, ſiue pars, habet regreſſum emptor in venditorem.* — *Lit. D. Qu. 24. An de parte euicta actio detur?*

2. Idemque in *l. 39.* §. *1. eod. tit.* & Iulianus inculcat: *Si à me,* dicens, *beſſem fundi emeris, à Titio trientem, deinde partem dimidiam fundi à te quis petierit, ſiquidem ex beſſe quem à me acceperis, ſemis petitus fuerit, Titius non tenebitur, ſi vero triens, quem Titius tibi tradiderat, & ſextans eſſe, quem à me acceperas, petitus fuerit, Titius quidem pro triente, ego pro ſextante euictionem tibi præſtabimus.*

3. Idem plane in *l. 45. Digeſt. eod* Alfenus tradit: *Qui fundum tradiderat iugerum centum, fines multo amplius emptori demonſtrauerat, ſi quid ex his finibus euinceretur, pro bonitate eius emptori præſtandum ait, quamuis id, quod relinqueretur, centum iugera haberet.*

Sed

Sed tamen huic refragatur textus in *l.56.§.2.ff.eod.tit.* ibi Paulus: *In ſtipulatione duplæ cum homo venditur, partis adiectio neceſſaria eſt, quia non poteſt homo videri euictus cum pars eius euicta eſt.*

Opponitur deinde etiam *l.36.ff. de euict.* vb: Paulus: *Naue aut domo empta, ſingula cæmenta vel tabulæ empta non intelliguntur; ideoque nec euictionis nomine obligatur venditor quaſi euicta parte.*

Iulius Pacius *cent.5.q.34.* Iacobus Cuiacius *ad l. 23.ff. de vſurpat. & vſucap.* Matthæus Weſenbecius *in paratit. de euict. nu. 9. d.l.56.§.2.* cum cæteris legibus prius adductis hac ratione & diſtinctione conciliare nituntur, vt ſi pars ſit homogenea, quæ habeat nomen totius, ſicut pars fũdi eſt fundus, tunc in parte etiam euictionis præſtatio locũ habeat, atq; de huiuſmodi homogenea parte euicta intelligi debeant adductæ leges, veluti *l.39.§.2.l.1. l.45.ff.de euict.*

Sin vero pars ſit heterogenea, cui nomen totius non conuenit, ſicut pars hominis non eſt homo, tunc euicta parte hominis, non recte agatur, quia non poteſt dici homo eſſe euictus; & de huiuſmodi heterogenea parte loquitur *d.l. 56.§.2.*

Hugo Don. in *tract. de Euictione. c.6.* ſtatuit generaliter, parte rei vẽditę euictâ ſiue pars ſit heterogenea, ſiue homogenea de euictione actionẽ cõpetere: *Tũ* quia in *d.l.1.ff. de euict.* generaliter & indiſtincte dicitur, tam de parte, quam de re tota euicta agi poſſe euictionis nomine: *Tum* quia ratio propoſitæ diſtinctionis dari nõ poteſt, nec cauſa nulla dicitur de parte homogenea euicta de euictione agatur, non vero de parte heterogenea: *Tum* denique qui nullo in textu iuris ita diſtinguitur,

Ipſe proinde Donellus ſolum excipit hominem, in quo ſpeciale ſit vt de parte eius euicta non detur actio. Exceptionem iſtam fundari dicit in *d.l.56.§.2.* Dũ enim Paulus illic in ſpecie ait in ſtipulatione duplæ, *cum homo venditur*, partis adiectionem neceſſariam eſſe, haut obſcure innuit, quod aliud in cæteris rebus obtineat: ſi enim de cæteris rebus idem ius eſſet, ſatis fuiſſet dicere, in ſtipulatione duplæ partis adiectionem neceſſariam eſſe, nec opus fuiſſet nominatim adiici *cum homo venditur.* Rationem autem exceptionis iſtius fundat in eo, quod ſeruus, quem cum aliquo habemus communem, in totum nobis acquirat quod ex re noſtra acquirit, item quod iuſſu noſtro acquirit, ſi eo animo, vt ſolis nobis acquireret *l. ſeruus communis. ff. de ſtipulat. ſeruor.* Proinde etſi pro parte fuerit euictus, perinde tamẽ ex hoc cauſa habetur, ac ſi pars eius euicta non eſſet.

Cæterum, quamuis hæc ſententia arrideat Donello, mihi tamen nullo modo placere poteſt, ſed priorem conciliationem multo veriorem eſſe exiſtimo.

Etſi enim *d.l.56.§.2.* de ſeruo ſiue homine verbis expreſſe concepta fuerit, ratio tamẽ eius generalis eſt & alias quaſuis res conſimiles, partes ſcilicet heterogeneas habentes optime accommodari valet: ideo enim ait ICtus, parte hominis euicta deficere actionem euictionis nomine, quia nõ poſſit dici homo euictus, quando pars eius euicta eſt, quæ appellatione hominis non inſignitur: ad hanc rationem locum ſibi in aliis quibuſuis rebus, heterogeneas partes habentibus, obtinere, quis non videt? cum &, parte illarum euicta, ipſæ res euictæ dici nequeant: ſic enim, parte animalis euicta, nõ poteſt animal euictum dici, cum pars animalis non ſit animal, pars equi non poſſit dici equus. Quotiens autem ratio legis generalis eſt, quãuis verba ſint ſpecialia, lex extendi & ad omnia ea porrigi debet in quibus eadem obtinet ratio. Et inſuper cur de homine in ſpecie ſcripſerit Vlpianus, ratio hæc eſt, quod ad edictum ædilium curulium, quod de ſeruo

con-

Digitized by Google

conceptum erat *l.1.ff.de ædilit.edict.* iſta ſcripſerit, & ideo ad illud ſeſe merito accommodaret, pro vt ex inſcriptione iſtius legis luculenter patet.

Ratio autem ſpecialitatis à Bartolo & Donello adducta, non admodũ magni eſt momenti. Et ſi enim reſpectu eorum, quę à ſeruo communi acquiri poſſunt alteri domino in ſolidum, non videatur pars ſerui eſſe euicta eſt: ratione tamen eorũ, quæ ſeruus communis ſingulis dominis ſuis pro parte duntaxat acquirit, vt ſi quid ſua acquirat opera, euicta ſane pars ſerui intelligitur, quæ euicta eſt. Quin etiam ratione proprietatis plurimum intereſt, vtrum ſeruus meus in totum ſit proprius, an vero aliis mecum ſit communis, maxime cum de diſtrahendo ſeruo quæſtio eſt.

His nihil aduerſatur quod *d.l.1.ff. de euict.* ſit generalis & indiſtincte aſſerat, quod actio de euictione competat, ſiue res tota, ſiue pars eius euicta fuerit: Nam iſta generalitas legis ex *d.l.56.§.1.* reſtringi debet, ad res videlicet eas, quæ partibus homogeneis conſtant. Idque etiam ſequentia eiuſdem legis, quę de fundo eiuſque parte concepta ſunt, ſatis arguunt. Pari modo non repugnat quod ratio, ob quam de partibus homogeneis euictis magis, quam de heterogeneis agi poſſit, dari nulla valeat: Nam rationem ſuppeditat ICtus in *d.l.39.§.1.* quod nẽpe hominis pars non ſit homo: Datur quippe actio euictionis nomine de re quæ vendita eſt, vẽditus aũt fuit homo: Ergo de homine euicto competit actio: At quia pars hominis non eſt homo, & propterea nec vendita videtur, idcirco parte euicta non dabitur euictionis nomine actio.

Denique non aduerſatur textus in *l. ſi mancipium. 34.§.1.eod.* vbi de euictione actio datur hominis emptori, qui iudicio communi diuidundo ſuperatus eſt: Reſp. Nam etſi hoc iudicium ad rerum diuiſionem pertinet *l.1.Digeſt.comm. diuidund.* in ea tamen ſpecie per adiudicationem, in perſonam aduerſarii collatam, factum eſt, vt emptori totus homo auferretur. Pacius *loco citato.*

## Resolutio Thesis Septimæ.

Sub initium præſentis diſputationis *Lit.A.* dictum eſt, ſic demum de euictione actionem competere, ſi ſine vlla, emptoris culpa res ipſi ablata & iudicio euicta fuerit.

Culpa autem tunc emptores interueniſſe dicetur, ſi venditori ſua non denunciauerit, litem ſibi moueri de re vendita: Nam venditor, vt auctor & rei dominus ſcire potuit ius ſuum & quibus rebus id ius ſtrueretur. Itaque & ipſe cauſam proprietatis & emptoris inſtruere potuit admonitus. Quod, ſi non fecit, quia denunciatum ei non eſt, perſpicuum eſt ideo emptorem victum eſſe quia culpa ſua inſtructus non fuerit ad cauſæ defenſionẽ *lege ſi fundo.§.vlt.Dig.de euict.* Hac de cauſa, etiãſi emptor in cauſa agenda & defendẽda præſtet officia omnia, tñ hoc inprimis ab eo exigitur, vt, lite ſibi mota, id denuntiet venditori, vt is, ſi videtur, ad cauſam agendam adſit *l.8.C. de euict.* quo in loco Alexander Imperator Clemẽtino in hæc verba reſcribit: *Emptor fundi, niſi auctori aut heredi eius denunciauerit, euicto prædio, neq́, ex ſtipulatu neque dupla, neq́, ex empto actionem contra venditorem vel fideiuſſorem eius habet:* Idemque *in leg.9. leg.ſi parentes in fine. leg.Cum ſucceſſores, C.eod.d. leg.ſi fundo §.fin. ff.eod. aſſeritur.*

Quæritur autem circa hanc denunciationem venditori faciendam, cui nam fieri debeat?

Et auctori, hoc eſt venditori denunciandum eſt, aut eo mortuo, heredi eius *d. leg 8.*

Qu. 25. *An venditoris here*

Sed quid ſi heres pupillus ſit, qui patri venditori ſucceſſerit, tutor vero eius

 abſit

*di, ſi pupillus ſit, denunciatio fieri queat?*

abſit, anne vtiliter ei denunciatio fieri poterit? Affirmat hoc Paulus *in l. 56. §. vlt. ff de euict. Pupillo* inquiens, *etiam ſine tutoris authoritate poſſe denũciari, ſi tutor non appareat ex duplæ ſtipulatione, benignius receptũ eſt.*

Sed huic obſtat primo quod tutoris authoritas neceſſaria ſit toties, quoties huiuſmodi eſt negotium, ex quo ſuam conditionem deteriorem facere poſſet *tot. tit. l. de auctoritat. tut.*

Deinde, fine denunciationis ceſſante & deficiente, ipſa quoque deficit denunciatio: Atqui in pupillo deficit finis denunciaciationis, qui hic eſt, vt ille defendat emptorem & quidem in iudicio defendat, in quo ſtare ſine tutore non poteſt *toto titulo. Codice qui legitim. perſon. in iud.*

Donellus ad *d. l. 8. num. 8.* reſpondet; ideo abſente etiam tutore denunciandũ eſſe pupillo, quia, etſi neque pupillus neque tutor præſentes eſſent, tamen impune & ſine vtriuſque voluntate omitteretur denunciatio vt in omnium venditorum abſentium perſona ius ſit.

Verum ſtatus quæſtionis & controuerſiæ hac ratione peruertitur: Non enim quæſtio eſt vtrum denunciari poſſit pupillo, ſed an omnino ipſi denunciandum ſit; ita vt denunciatione omiſſa, actio & regreſſus emptori aduerſus venditorem denegetur. Deinde non quæritur vtrum omnino & ſimpliciter denunciatio fieri poſſit pupillo, ſed vtrum cum aliquo effectu ei fieri poſſit denunciatio? Atqui pupillo fieri quidem poſſe denunciationem, ſed cum effectu fieri non poſſe, ſuperiora argumenta demonſtrant.

Accurſius in *d. leg. 65. §. final.* fauore pupilli hoc introductum eſſe dicit, vt ipſi denunciatio, abſente etiam tutore eius, fieri valeat: quod non immerito falſum & inſulſum dixit Molineus, *in tractat. de vſur. n. 309.* Non enim intereſt venditoris aut eius heredis fieri denunciationem, ſed potius intereſt denunciationem ipſis non fieri, quoniam, denunciatione ipſis facta, datur emptori aduerſus venditorẽ eiuſue heredem actio, quæ non datur, quando denunciatio facta non eſt: Obeſt igitur potius venditori donatio, quam vt ei proſit.

Proinde Molineus *d. loco* ideo ait denunciationem pupillo fieri debere, quia cauſa emptoris ſit fauorabilior, q̃ venditoris: cum ille certet de damno vitando, ille vero de lucro faciendo, & hoc ſibi velle videntur verba finalia *d. l. 56.* benignius receptum eſſe.

Addit deinde *d. §. final. leg. 65.* non debere ita ruditer intelligi, ſed ex bono & æquo, videlicet vt amicis & cognatis denuncietur *arg. l. Ergo. ex quib. cauſ. maior. L. hoc autem. §. 1. ex quibus cauſ. in poſſ. eatur. leg. Aut qui alter. §. ſi forte. ff. quod vi aut clam.* vt etiam tutorem creari faciat, ſi tempora patiantur. Et ſic etiam ait intelligi debere *leg. ſi dictum. 56. §. penult.* vbi loquitur de venditore abſente: Intelligi quippe debet quando emptor fecit quod potuit, vt illum inueniret, vel ad eius notitiam tranſiret.

*Qu. 16. Quamdiu poſſit fieri denunciatio?*

Quo porro tempore emptor vẽditori denuntiet vt ad agendum adſit, nihil refert, prout traditur in *l. ſi rem. 29. §. vlt. ff. de euict.* vbi additur reſtrictio iſta: *dummodo non prope ipſam condemnationem id fiat:* Quibus verbis hoc ſignificatur, poſſe quidem emptorem ante condemnationem denunciare venditori ſuo quouis tẽpore, dum tamen tunc denunciet, cum adhuc integrum erit venditori cauſam inſtruere ne emptor vincatur: nam ſi ad eam rem ſatis temporis non erit, dolo emptoris id factum eſt, quam ob cauſam venditor ei non tenebitur, re euicta *d. l. 56. § final.* Donellus *d. loco.*

Sed huic aduerſari videtur *l. qui Concubinam. §. penult. ff. de legat. 3.* vbi in perſona heredis, qui homine generaliter legato, certum hominẽ legatario dedit, ſcri-

ptum

Digitized by Google

ptum eſt, ſi de eo homine cōtrouerſia fiat legatario, legatarium debere ante litem conteſtatam denunciare heredi, vt homine euicto aduerſus heredem actionem habeat.

Sed reſpondet cum Bartolo Donellus, aliam eſſe cauſam emptoris & venditoris, aliam heredis & legatarii, quia in emptione, re tradita, incipit res & cauſa emptoris eſſe propria: Incipit enim exinde commodum & incommodum omne rei ad eum pertinere §. *cum autem. I. de ēpt. & vendit.* Et ea dicitur propria cauſa, cuiusq; ad quam commodum omne & incommodum ſuo nomine pertinet *l. 1. §. In propria. ff. quando appelland.* Quocirca, ſi in hac cauſa emptori ſit controuerſia proprietatis, iure ſuo is facit, ſi cauſam defendit & perſequitur ſuo arbitratu: dummodo defenſionem integram vēditori relinquat ante ſententiam. Diuerſa cauſa eſt legatarii: Nam, re legata euicta, nullū in eo periculum agitur legatarii, vbi ſi hæres euictionem præſtat, ſolum incommodū eſt heredis: Si non præſtat, tamen non eſt incommodum legatarii, cui pro re nihil abeſt. Quare recte viſum eſt in ea re, cuius periculum ad heredē pertinet, totā cauſā heredis arbitrio permitti oportere, vt ipſe de ea ſtatuat, vt vult, aut ſibi commodum exiſtimat.

Qu. 27. *An venditori notorie iniuſtam cauſam fouēti denunciatio fieri debeat?*

Cæterum anne & hoc caſu, quo venditor notorie iniuſtum fouet cauſam ita vt certo conſtet nullam ei ſuppetere defenſionem adhuc certiorandus eidēque denunciatio facienda ſit, non immerito quæritur? Etenim Affirmatiuā ſententiā tuentur Bartol. & Salicet. in *L. emptorē pr. ff. de act. empt.* Aretin. in *§. fin. I. de empt. vēdit.* Argumenta, quibus hanc in ſententiā mouentur, hæc ſunt.

1. Leges, inquiunt, de denunciatione venditori facienda, ſunt generales & indiſtincte loquuntur & dicunt, emptorē qui non denunciauit, agere non poſſe *l. Emptor. Cod. de euict.* Ergo generaliter abſque vlla diſtinctione, vtrum cauſa venditoris ſit iniuſta nullaque ipſi defenſio cōpetat, an vero non, intelligi debent *l. 1 §. Et generaliter. de legat. præſtand.*

2. Inſuper lex præſumit pro ſententia iudicis *l. Herennius. §. Gaia. de euict. c. in præſentia. de probat.* & tamen, non obſtante hac præſumptione, ſtatuit quod emptor, qui non denunciauit, agere non poſſit *d. l. Emptor. Cod. de euict.* Ex quo colligitur & hoc, quod lex in præſenti caſu nō conſiderauit iuſtitiam vel iniuſtitiam cauſæ, alias ſtatuiſſet, emptorem poſſe agere, tāquam præſumatur iuſte condemnatus.

3. Accedit quod emptor, qui non denunciauit, præſumitur ſuccubuiſſe eius culpa, & tanquā male defenſauerit cauſā & iſta, aiunt, eſt præſumptio iuris & de iure, ſuper qua lex ſtatuit *d. l. 8. C. de euict.* vnde non cōtrarium probare volens Gl. *in cap. is qui fidem. de ſponſal.*

4. Adhæc, ceſſante cauſa impulſiua, non ceſſat diſpoſitio *l. 1. §. ſexum. ff. de poſtulando.* Ratio autem, quare requiratur denunciatio, eſt impulſiua, vt tollatur emptori occaſio colludendi cum aduerſario, actore, videlicet & venditore: Licet ergo ceſſet iſta ratio quando conſtat notorie venditorem habere malam cauſam, non tamen ceſſat diſpoſitio, & iſtud eſt quod voluit dicere text. in *l. ſi fundo. §. 1. de euict. in verb. hoc ipſo videtur dolo feciſſe &c.*

5. Adde quod conditione deficiente, eaque nō impleta, deficiat quoque actus, qui ſub iſta conditione fieri debuit, nec adimpleri valeat *§. ſub conditione. I. de verborum obligat.* Iam vero conditio, ſub qua regreſſus & actio euictionis nomine datur, emptori aduerſus venditorē eſt hæc, ſi vēditori denunciatio ſit facta *d. l. 8. C. de euict.* Igitur, hac deficiente, deficiet quoque regreſſus, qui venditori alias aduerſus emptorem datur, re euicta.

Verum enim vero, his rationibus & iuris fundamētis nihil motus, cum Authore noſtro Caſparo Caballino in *d. tract. de*



Digitized by Google

*euict.§.3.n.73.& ſeqq.* Didac. Couarruu.*3. Reſolut.17.Illat.9.* Fulgoſio *ad leg.55.Digeſt. de euict.* ſtatuo denunciationem & certiorationem eo caſu quo notorie iniuſtam cauſam venditor fouet non ſolum non eſſe neceſſariam,ſed etiam plane otioſam,inutilem & ſuperuacuam, id quod ſequentes rationes euincunt.

1 Fideiuſſor quamuis non poſſit conueniri, niſi excuſſo principali debitore *Authent. præſente C.de fideiuſſoribus.* Attamen ſi debitor non eſt ſoluendo,non poteſt opponere exceptionem excuſſionis, quia ſua non intereſt,cum debitor non ſit ſoluendo: Eodem modo nihil refert, venditori non eſſe denunciatum,ſi conſtat manifeſte ſibi nullam defenſionem competere.

2. Quia, ſecundum Gloſſam in *l.cum quæſtio C.de euict.* ibidemque notata per Baldum, Angelum & Salicetum, vbi eſt notorium rem eſſe alienam, venditor tenetur de euictione,etiam non ſecuta ſententia iudicis.

3. Quia quando conſtat notorie nullam defenſionem competere venditori, ceſſat ratio, propter quam debet fieri denuntiatio, videlicet vt non dicatur quod emptor ſuccubuit,quia minus inſtructus defendit, vt per Batt. Ang.& Paulum de Caſtro in *leg At quia natura.§.Cum me abſente.de Negot.geſt.*

4. Quia licet emptor, qui ſuccubuit propter contumaciam, non poſſit agere de euictione *leg.ſi ideo de euict.* tamen ſi conſtaret ex actis ſententiam fuiſſe latam ex legitimis probationibus,non impeditur contumax agere Decius *Conſil.74. col.2.pr. verſi. confirmatur.*

5. Sicut omitti poteſt citatio quando notorie conſtat nullam defenſionem competere citando *leg.2.§. quod frumentaria.vbi Bartol.de adminiſt,rerum ad ciuitat. pertinent.* Ita quoque denunciatio in propoſito caſu non habebit locum quando notorie nulla venditori competit aduerſus vindicantem legitima defenſio.

6. In *l.ſi fundo.ff.de euict.* dicitur, quod ille, qui non denunciauit, videtur perdidiſſe cauſam eam quod erat male inſtructus. Ergo à contrario ſenſu, vbi cauſam perdidiſſet non quia male inſtructus, ſed quia habuiſſet malam cauſam,videtur quod de euictione agi poſſit, probando iuſticiam euincentis.

7. Poſtremo quotiens deficit ratio finalis præcipuæ denunciationis, ibi quoque deficit ipſa denunciatio, iam vero in propoſito deficit ratio principalis, quam habet denunciatio, quæ eſt, vt venditor certioratus de actione, contra emptorem inſtituta,poſſit aut defendere emptorem,aut ad defenſionem inſtruere,prout ſupra fuit dictum; qua enim ratione defendere poſſet ſuum ſucceſſorem, cum ipſe omni defenſione deſtituatur; Aut quomodo alium inſtrueret qui ipſe inſtructus non eſt. Et hæc quidem ratio omnium videtur eſſe vrgentiſſima.

Nunc reſtat vt ad contraria argumenta reſpondeamus & quidem *ad primum* reſpondetur: Leges generaliter loquẽtes reſtringendas eſſe & diſtinguendas ſecundum alias leges diſtinguentes & ſpecialiter loquentes *l.in toto.ff.de reg.iur.* Iam vero ſupra ex *l.ſi fundo.ff.de euict.* demonſtratum eſt, quod non ſit neceſſaria denunciatio, eo caſu, quo notorie venditor deſtituitur defenſione & iniuſtam fouet cauſam. Deinde reſtringitur etiam lex generaliter & indefinite loquens ſecundum rationem & finem eius principalem, ſic vt ad eos duntaxat caſus pertineat in quibus locum habet ratio eius, in cæteris vero,in quibus ratio deficit, & ipſa lex deficiat, cum ratio ſit anima legis; Iam vero ratio præcipua & principalis faciendæ denunciationis aperte deficit in eo caſu, quo venditoris cauſa notorie eſt iniuſta & taliter comparata, vt defendi omni-

Digitized by Google

omnino nequeat;idque ſupra à nobis luculentiſſime fuit demonſtratum. Igitur lex quoque neceſſario deficiet.

*Ad ſecundum* argumentum reſpondet Caballinus,quod ſi emptor probaret etiam lite denunciata nihilominus venditorem ſuccubuiſſe,tunc pro ſententia iudicis præſumi. Paul. *de Caſtro.d.§. cum me præſente n. 5.*

Mihi videtur reſpondendum eſſe,nos de eo caſu quo notorie iniuſtam cauſam habet emptor & defenſione deſtituitur,loqui: At cum, emptore non denunciante, condemnatus eſt, non eſt notorie iniuſta cauſa venditoris.

*Ad Tertium* reſpondeo ius præſumere emptorem non denuntiantem ſua culpa ſuccubuiſſe cauſamque male defendiſſe,quando contrarium,quod videlicet ſine vlla ſua culpa ſuccubuerit emptor, cauſamque male non defenderit, notorium non eſt: At de tali caſu nos loqui ex hactenus dictis liquet.

*Ad quartum* facilis eſt reſponſio: Nam quod in caſu propoſito , cum iniqua & iniuſta eſt venditoris cauſa, vt etiam omni defenſione deſtituatur, deficiat non ſolum cauſa impulſiua, ſed principalis etiam & finalis cauſa,poſtremum ſententiç noſtræ argumentum ſatis abundeque demonſtrat.

*Ad quintum* argumentum reſponſio patet: Tunc demum ſub iſta conditione,*ſi denunciatio ſit facta*,emptori dari regreſſum, quando denunciationis aliqua poteſt eſſe vtilitas, non vero quando denunciatio eſt odioſa', fruſtranea & plane inutilis , vt hic : Nam ad quid aliud, obſecro , denunciatio requiritur , quam vt venditor ſuum ſucceſſorem, ſiue emptorem defendat, vel eum ad defendendam rem ſibi venditam inſtruat? Atqui nec ipſe venditor in caſu propoſito,quo iniuſtam & quidem notorie iniuſtam fouet cauſam defenſionibusque deſtituitur , defendere poteſt emptori rem ipſi venditam, nec emptorem defenſionibus, quis non habet, inſtruere valet. Ex his itaque relinqui videtur quod denunciatio venditori non ſit facieda quãdo eius cauſa notorie eſt iniuſta & ipſe defenſiones nullas habet,ſed quãuis denunciatio facta non fuerit, nihilominus emptori competat actio & regreſſus aduerſus venditorem.

Non minus etiam controuerſum eſt, anne eo caſu facienda ſit venditori denunciatio, quando in inſtrumento venditionis iurauit ſe defenſurum eſſe venditorem? *An venditori, qui iurauit ſe defenſurum emptorẽ, denunciandum ſit?*

Mihi videtur cum Caſparo Caballino in *d.tractat.de euict.§.3.num.55. & ſequent.* & quos præterea alios pro eadem allegat ſententia,dicendum quod, non obſtante iſto iuramento , denunciatio venditori ſit facienda ; ita vt ſi eam facere ſuperſederit emptor, non amplius ei regreſſus vel actio euictionis nomine aduerſus venditorem competat,vt qui cauſam male defendiſſe ſuaque culpa perdidiſſe videatur. Hanc ſententiam confirmant & ſtabiliunt ſubſequentia fundamenta.

1. De natura contractus emptionis venditionis, quoad effectum præſtandæ euictionis,eſt,vt fiat denunciatio: atqui omne iuramentum in dubio intelligendum eſt ſecundum naturam actus, ſuper quo interponitur *l.final. Codic. de non numerata pecunia.* vbi iuramentum quo quis iurat ſoluere pecuniam ſibi mutuo numeratam , eam conditionem habet vt intra biennium poſſit, qui iurauit , opponere exceptionem non numeratæ pecuniæ: hæc ſiquidem promiſſio ſoluendi pecuniam numeratam , propriam hanc naturam habet,quod poſſit intra biennium obiici exceptio non numeratæ pecuniæ.

2. Si iuramentum præſenti in negotio non ſupplet defectum denunciationis, nec idem, quod denunciatio, operatur,



Digitized by Google

neceſſaria erit denunciatio, iuramento etiam interpoſito: Atqui prius eſt veriſſimum: ad hoc enim deſideratur iſta denunciatio, vt conſtet venditori, emptorem nomine rei ſibi venditæ eſſe conuẽtum, & vt poſſit emptorem defendere, vel ad defenſionem inſtruere. Vt autem ſciat venditor litem moueri emptori de re vendita, ipſumque emptorem inſtruere ad defenſionem queat, non certe facit iuramentum; quomodo itaq; dici poſſet non eſſe neceſſariam denunciationem cum iuramentum interuenit.

3. Ad hæc, venditor iuramento promiſit ſe venturum ad defenſionem emptoris: At quomodo huic iuratæ promiſſioni ſatisfaciet vbi ipſi non conſtat de lite, emptori ſuper re illi vendita mota?

Quo itaque iuramento huic ſuo ſatisfacere poſſit, ipſi denunciatio eſt faciẽda: & ſane iuramentum hocce iſtam continet conditionem, ſi de lite emptori mota conſtiterit venditori; conſtare autem ei debet ex emptoris denunciatione: proinde iuramentum non excludit, ſed includit potius denunciationem.

4. Vaſallus regulariter propter iuramentum fidelitatis non obligatur dominum defendere, niſi requiſitus *c. 1. de Nou. form. fidelit. c. 1. §. ad hæc. hic finitur lex.* Igitur arguendo à cauſa feudali ad caſum noſtrum, dicendum eſt, quod venditor, ratione iuramenti, non tenetur emptorem defendere, niſi interpellatus.

Et quãquam Decius ad hanc rationem reſpõdeat; vaſallum ex iuramento fidelitatis obligari nõ ſimpliciter, ſed tunc demum, quando requiſitus fuerint *d. c. 1 de Noua forma fidelit.* Atqui in propoſito caſu ſimpliciter deſiderari interpellationem.

Veruntamen non ſimpliciter, ſed ſub hac conditione, *ſi etiam litem emptori motam eſſe ſciuerit, ipſique de voluntate emptoris, quod nempe velit venditorem ſibi adeſſe, ſeque ab ipſo inſtrui cupiat, certo conſtiterit*: de hoc vero aliunde quam ex denunciatione emptoris illi conſtare poterit: proinde iuramentum non cenſebitur ſimpliciter eſſe factum, ſed ſub conditione ſi denunciatum fuerit venditori.

5. Regula eſt quod ad aliquem in mora conſtituendum requiratur interpellatio *l. 32. ff. de vſur. & mora.* Igitur & in propoſito ſtatuendum erit huic regulæ, nec dicetur in mora fuiſſe emptoris defendendi venditor, quando de defenſione admonitus ſeu interpellatus non fuit.

6. Cum ex natura emptionis proueniat vt nuntiatio fiat vẽditori litis motæ, omnino facienda eſt, etſi in inſtrumento ſit iuramentum interpoſitum *arg. l. non dubitatur. C. de euict.* Sicut enim in ea lege diſponitur, quod etſi in inſtrumẽto non opponitur promiſſio euictionis, nihilominus ex natura contractus tacite ſubintelligitur; ita etiam tacite ſubintelligendum eſt, vt ita demum venditor teneatur de euictione, ſi ſibi lis mota fuerit intimata.

7. Adhæc textus eſt in *l. emptor. Cod. de euict.* qui negatiue loquitur & vult quod emptor, niſi authori ſuo denunciauerit, non habeat regreſſum de euictione contra venditorem, quo caſu, quando lex habet decretum annullatiuum, tunc adductum ab ipſa lege, dicitur datum pro forma & geſta contra formam nulla ſunt *c. Piſani. de reſtitut. ſpoliat.*

Cum igitur in *d. l. Emptor.* lex & conſtitutio Imper. velit quod emptor non habeat regreſſum contra venditorem, niſi denunciauerit, igitur neceſſario requiritur denunciatio, cum pro forma à lege ſit inducta, quæ non poteſt alterari per iuramentum *arg. l. qui per ſalutem. de iureiurando.*

Hiſce rationibus & fundamentis ſoliđiſſimis, quibus hæc confirmatur opinio, non obſtat primo dictũ Canoniſtarum

Digitized by Google

ſtarum *in cap. breui*, vbi Abbas *num. 5. de iureiurand.* quod ſi vaſallus vel alius promiſerit defendere Eccleſiã & ita iurauerit, ſi poſtea talis iurans ſciat imminere neceſſitatem Eccleſiæ, non requiritur alia interpellatio.

Reſpondet enim ad hoc argumentum Caballinus, dictum hoc Canoniſtarum eſſe falſum, cum textus ille, ſuper quo aſſumptum ſuum fundant, probet contrarium: præſupponit enim, requiſitionem præcedere antequam ille, qui iurauit Eccleſiam defẽdere, periurii reatum incurrat. Vnde ex illo textu colligi poteſt pro iſta opinione argumentum, quod iuramentum non conſtituit in mora abſque interpellatione.

Non obſtat quod iuramentum fortiſſime conſtringat conſcientiam illudque non obſeruatum ſtimulus conſcientiæ exiſtat longe maximus.

Recte enim etiam ad hoc reſpondet Caballinus iuramentum in plus non obligare quam natura actus, quamuis ſtrictius liget: Et inſuper omne iuramentum ſtrictiſſime accipiendum, nec ad alia, quã quæ in iuramento expreſſe comprehenſa ſunt, extendi debet. Iam vero in præſenti, de quo agimus, iuramento non eſt hoc comprehenſum, quod, nulla etiam præcedente denunciatione, venditor emptorem debeat defendere aut ad defenſionem inſtruere, ſed hoc ſolum iuramento contineatur quod velit ipſum venditor defendere: Igitur non teneatur, vi huius iuramenti, ad defendendum venditor niſi ipſi denunciatio ſit facta: quandoquidem omne iuramentum ſecundum naturam eius actus cui accedit intelligi debet: Eſt quippe iuramentum acceſſorium, hoc autem imitatur & ſequitur naturam ſui principalis.

Conſimiliter non aduerſatur textus in *cap. 1. §. licet, ſi de feud. fuerit content. int. dom. & agnat. vaſall.* vbi vaſallus ſciens domino imminere periculum, teneatur vltro, etiam non requiſitus, auxilium præbere & hoc propter iuramentum fidelit. *c. 1. de Nou. form. fidel.* Igitur conſimiliter teneatẽ vẽditor propter iuramentũ, quo iurauerit defendere emptorem, nulla præcedente denunciatione ipſum defendere, ſi ſciuerit ipſum in periculo rei emptæ amittendæ conſtitutum eſſe.

Hoc, inquam, argumẽtum, recte conſideratum, plane non obſtat: Quod enim vaſallus ex iuramento fidelitatis, quo iurauit domino ferre ſuppetias, non teneatur ad ſeruiendum & auxilium ferendum, quam ſi de eo requiſitus fuerit, probat textus in *tit. 7. verſic. & ſi ſiue-ro. in verb.* & inde generaliter vel ſpecialiter fuero requiſitus. *& tit. 28. §. Ad hoc. in verb.* vel niſi à domino denunciatum fuerit *libr. 2. Feud.* Et ratio etiam huius ſatis eſt perſpicua: Cum enim ſeruitium feudale certo tempore terminatum non ſit, ſed ex vſu & indigentia domini determinationem recipiat, quando autem dominus indigeat ſeruitio, eoque ſit vſurus, vix ſcire poſſit vaſallus, niſi fuerit ei denunciatum, vtique denunciatio domini neceſſaria erit vaſallo.

Quin etſi ſciat vaſallus dominum indigere ſeruitiis, non tamen ſe vltro offerre & domino ſeruitia præſentare tenetur; cum ſit in poteſtate domini, velitne vti vaſalli ſeruitio & auxilio necne; & ſæpe accidit quod iam tum ſit auxilio aliorum inſtructus vt vnius atque alterius vaſalli ſeruitia non deſideret, vt incertus ſit vaſallus velitne opera ſua dominus vti, an non. Ita proinde de venditore etiam, quem diſſentientes cum vaſallo comparant, ſtatuendum erit: Cum enim nec venditori poſſit conſtare vtrumne emptor de re vendita conuentus, velit ſibi adeſſe venditorem, an vero cauſam ſuo periculo agere malit; idcirco vt de voluntate emptoris

vendi-

venditori conſtet neceſſaria eſt interpellatio & denunciatio.

Accedit etiam textus iuris feudalis expreſſus, quo ſignificatur, vaſallum, etſi ſciat dominum in periculo conſtitutum, de auxilio domino ferendo eſſe admonendum: in *tit. 37. §. fin. lib. 2. Feud.* verba eius hæc ſunt: *Non cogitur vaſallus omnino ſecundum vſum mediolanenſem dominum adire & ſeruitium ei offerre, ſed cum denunciatum ei fuerit, tunc domino, ſi poteſt, ſeruiat.* Eodemque pertinet *tit. 55. §. firmiter. lib. 2. Feud.* vbi etſi propter indictam publicam expeditionem ſciat vaſallus dominum opus habere ſeruitiis, nihilo tamen minus requiretur vocatio.

Non aduerſatur huic ſententiæ *d. cap. 1. §. licet. ſi de feud. fuerit content. & tit. 28. §. ad hoc lib. 2. Feud.* Nam ſi viderit vaſallus, vel ſciuerit, dominum in ſummo diſcrimine vitæ conſtitutum eſſe, vt ſi fortaſſis ab hoſte fuerit obſeſſus, ſuccurrere ipſi ſuo auxilio vaſallus non requiſitus debet, id quod non ſolum iuramentum fidelitatis, ſed etiam ius commune & Chriſtiana charitas ſuadent *l. 3. ff. de iuſtic. & iure.* Iuramenti ſane fidelitatis extra caſum modo propoſitum vis hæc non eſt vt obſtringat vaſallum ad auxiliandum domino ſi non requiſiuerit ipſum ſenior, ſed tunc demum quando requiſitus à domino vaſallus fuerit.

Quocirca, ſi, quoad præſens negotiũ, procedit comparatio vaſalli & venditoris, dicendum potius erit quod etiam eo caſu, quo venditor litem emptori ſuper re vendita moueri ſciuerit, denunciatio facienda ſit venditori.

Pari modo non aduerſatur quod iuramentum aliquid debeat operari; ita quippe omnis contractus omne negotiũ interpretari debemus vt valeat potius, quã vt pereat, vt operetur aliquid potius quã vt ſit otioſum & nullum producat effectum. Iam vero ſi iſtud non operaretur vt venditor, etiam abſque denunciatione, emptorem cogeretur defendere, foret otioſum, nec vllum produceret effectum, cum & abſque iuramento obſtrictus ſit venditor ad defendendum emptorem ſi is denunciauerit, vi & natura ipſius contractus. *l. 1. C. de peric. & commod. rei vendita.*

Reſpondendum enim ad hoc argumẽtum puto, conſequentium eius negando: iuramentum quippe confirmatoriam, quale iſtud eſt, de quo nunc diſſerimus, nihil ſolet adiicere actui, cui apponitur, nec in quoquam ipſum augere, ſed arctiori duntaxat vinculo promittentem adſtringere ad id, quod alias præſtare tenetur, eo diligentius obſeruandum.

Minus mouet quod obiicit Gomezius, quod ex quo quis iurauit certum quid facere, eo ipſo, quod inſtat termin⁹ faciendi, iuramentum, ex quo eſt vinculum animæ, interpellat *arg. capit. præterea. de appellat. capit. final. ne prælat. vic. ſuas.*

Reſpondeo quippe, iuramentum interpellare tunc demum, quando homini, qui admonendus & interpellandus eſt, iam prius conſtat de voluntate eius, cui quid facere ſub iuramenti religione promiſit, quod nempe is velit etiam ſibi id præſtari, item quando conſtat promiſſori & iuranti de tempore, quo alter id, quod promiſſum eſt, adimpleri velit. Atqui in propoſito, ſine denunciatione nõ poteſt conſtare vẽditori vtrum velit emptor ſe defendi vel ad defenſionem ſe inſtrui: nec hoc ex iuramento magis, quam ex ſimplici nudaque iniurataque promiſſione ſcire poteſt.

Igitur iuramentum ipſum non cenſetur interpellare.

Non maioris etiam momenti eſt Iaſonis argumentum; quod nempe conductor qui iurauerat ſoluere penſionem, ceſſando per annum conſtituatur in mora *capit. querelam. & ibi Gloſſa. de iureiurando.*

Hoc

Digitized by Google

Hoc quippe argumentum procedit à ſeparatis & diuerſis: Ideo enim promittens ſub iuramento penſionem annuam fundi conduct. in mora cõſtituitur, non quia iuramentum ipſum interpellet de ſolutione penſionis facienda, ſed quia penſio certa die, anno videlicet conductionis præterlapſo, ſoluenda eſt, cũ prædia ad annum plerumq; conducere ſoleamus & in dubio etiam ad annũ conducta intelligantur: Dies igitur iſte pro homine interpellat conductorem. *l. Magna Cod. de contrahend. & committ. ſtipulat.*

Exigui etiam ponderis eſt quod ait Iaſon, eum qui promittit facere & curare, ipſo iure conſtitui in mora, quia intelligitur, quam primũ poteſt: At iuramento intelligi quemq; promittere facturum & curaturum *cap. ex literis de ſponſ.* Igitur ſi non curat, nõ facit, in mora conſtituitur.

Reſponſio facilima eſt: Maior enim propoſitio de eo intelligi debet, qui non facit, cum facere poteſt & ſe poſſe & debere facere, exploratum habet: Ad impoſſibilia quippe nemo obligatur. Atqui in præſenti negotio, promiſit quidem venditor facere & curare, ſed ad hoc faciendum & curandum peruenire non poteſt ſine denunciatione emptoris, nec ſcire poteſt vtrum debeat facere, & an velit etiam emptor fieri ſibi quod promiſſum eſt: proinde ad faciendum, quod promiſit venditor, h.e. ad defendendum nõ tenetur ex iuramento obſtrictus venditor, niſi denunciatũ fuerit, ipſeq; emptor ſignificarit litem ſibi de re empta moueri ſeq; cupere defendi à venditore.

Eiuſdem farinæ eſt quod aiunt diſſentientes, iuramentũ habere vim litis conteſtatæ *l. Nam & poſtea §. ſi is qui temporali. vbi Bart. & alii de iureiurand.* Sed per litis conteſtationem debitor conſtituitur in mora *l. ſi in Aſia. §. final. depoſit.* Ergo & per iuramentum.

Reſponſio namq; huius argumenti eſt facilima: Iuramentum ſiquidem habet vim litis conteſtatæ ſi in iudicio delatum & præſtitum eſt in iudicio ad deciſionem litis, quia non requiritur alia conteſtatio, nec concluſio in cauſa vt feratur ſententia, nec verũ eſt in iuramento interpoſito in contractu. Cabalinus *d. loco.* Deinde & illud hic obſeruandum, quod litis conteſtatio ideo in mora conſtituat debitorem, quia in ſe reuera continet interpellationem: At hoc de iuramento plane aſſeri non poſſe, perſpicuum eſt.

Poſtremo non obſtat, quod ſtante iuramento alia interpellatio neceſſaria non ſit *c. breui de iureiurand.*

Quod enim contrarium potius ſit verum, clare probatur iſto *cap. breui.*

Quæritur porro quomodo denunciatio fieri debeat, vtrum neceſſarium ſit emptorem ſuis ſumptibus & expenſis omnia acta & copiam iurium, quæ producta fuerunt à principali actore tradere venditori? Quæſt. 29. *Quomodo fieri debeat denunciatio?*

Autor noſter putat ſufficere exhibitum eſſe libellum autoris vel etiam citationem quia in legibus noſtris nil requiritur amplius quam vt denunciatio fiat venditori, litis videlicet emptori ſuper re ipſi vendita motæ *l. Emptor. C. de euict.* At communicatio actorum non deſideratur vllibi.

Alii vero ſtatuunt deſiderari vt omnia acta & actitata emptor venditori ſuis ſumptibus offeret ac communicet, quia denunciationis finem hic ſpectari oporteat: Finis autẽ hic eſt vt defendere poſſit venditor emptorem, vel ipſum ad defenſionem inſtruere: At neutrum facere poterit venditor niſi vniuerſis actis & actitatis ſibi communicatis.

Ego per diſtinctionem puto explicari debere hanc quæſtionem, ita vt ſi ante litem conteſtatam quo nulla adhuc acta præter ſolam citationem & libelli oblationem extant denunciatio fiat, ea ſolum verbis nudis & oblatione libelli ac cita-



Digitized by Google

tionis fieri poſſit: Sin verò poſt litem conteſtatam interpellatio fiat, omnia acta quæ extant ſint offerenda & venditori communicanda: Etſi enim denunciationem leges deſiderent, eiuſmodi tamen deſiderant denunciationem, qua facta, venditor emptorem defendat aut inſtruat ad defenſionem: Hoc autem facere non poteſt, niſi integris actis communicatis.

Iſtud quoque non perinde expeditum eſt, anne tantum ignoranti, an vero etiam ſcienti venditori denunciandum ſit? Et verior eſt ſententia Affirmantium, quod nempe, etiamſi venditor antea vel vltro ſciret emptori ſuo eſſe litem motam, nihilominus tamen facienda ſit ei denunciatio. Quæ ſententia confirmatur *l. denunciaſſe ff. ad l. Iul. de adult.* vbi non ſufficit ſi mulier repudiata ſciat, cui non debeat nubere; ſed requiritur vt maritus diſerte denunciet ei, vt ſi contra denunciationem faciat & nubat ei, poſſit de adulterio accuſari.

2. Pro eadem ſententia facit etiam quod omnes textus, qui denunciationẽ requirunt, generaliter loquũtur & abſque vlla diſtinctione requirant denunciari venditori; nec vllus adferri poteſt qui in venditore ſciente aliud conſtituat.

3. Quin & ratio ipſa & finis, ob quẽ fit denunciatio, non exiguum robur ſententiæ huic adfert: Etenim, lite emptori mota, de duobus eſt certiorandus venditor, quorum vnum ſcit, alterum vero ignorat: Lis emptori mouetur, hoc quidem nouit venditor, & de hoc moneri ipſum & certiorari ſuperuacaneum eſt: Sed agitur præterea de voluntate emptoris quæriturque vtrum ſibi velit adeſſe venditorem, an verò cauſam periculo ſuo agere: Hanc voluntatem cognoſcere venditor non poteſt, niſi emptor ei denunciet, quid fieri velit. Recte igitur ad hanc declarationem voluntatis denunciatio emptoris exigitur.

Non igitur obſtat quod aiunt Diſſentientes quod qui non ignorat, admoneri non debeat *l. 1. in fine. Digeſt. de act. empt.* quodq; is qui iam certus eſt certiorari amplius non debeat. *cap. eum qui certus eſt de re. iur. in ſext.* item quod effectus & finis denunciationis in ſciente deficiat: Nam veriſſimum eſt quod qui ſcit, is de eo, quod ſcit non debeat admoneri; item quod is qui certus eſt non debeat de eo certiorari, de quo certus eſt: At in propoſito fieri ſcienti venditori denunciationem eumque de eo admoneri & certiorari quod non ſcit, iam oſtendimus. Ex quo etiam plus quam manifeſtè liquet quod finis denunciationis in venditore, qui nouit litem motam eſſe emptori, non omnino deficiat. Ita Donellus & Duarenus in *l. 8. Cod. de euict.* addit Sichardus tunc ſcientem nõ eſſe admonendum vel certiorandũ alterius, quando hoc duntaxat agitur vt aliquid ſciat is, cui fieri debet denunciatio: iam verò hic cum ab emptore denunciatur venditori, non tantum hoc agitur vt ſciat venditor litem motam & ſic non quæritur duntaxat effectus ſcientiæ, ſed & hoc vt ſciens venditor compareat in iudicio, aſſiſtat cauſæ & eam defendat *l. ſi parentes. l. empti actio C. de euict.*

Vt itaque actio de euictione & regreſſus aduerſus venditorem competat neceſſaria omnino eſt denunciatio.

Quæſt. 3. *An emptor qui rem alienam eſſe ſciuit, habeat regreſſum?*

Sed vtrum & illud in emptore requiratur vt bona fide, id eſt, ignorans rem alienam vel alteri obligatam eſſe, emerit, an verò & ei qui ſciens rem eſſe alienam aut obligatam detur contra venditorem actio, quæritur?

Et pro negatiua facit *l. 27. C. de euict.* Illic Imperatores hoc modo reſcribũt: *Si fundum ſciens alienum vel obligatum comparauit Athenocles, neque quicquam de euictione conuenit, quod eo nomine dedit, contra iuris poſcit rationem. Nam ſi ignorans, deſiderio*

*deſiderio tuo iuris forma negantis hoc reddi refragatur.* Et ratio huius etiam perſpicua eſt quod qui rem emit conditionis eius non ignarus, talem videatur emiſſe qualis eſt; nec poteſt de vlla deceptione venditoris conqueri: ſiquidē, volens & conſentiens non decipitur nec volenti vlla iniuria fieri intelligitur.

Sed huic grauiter aduerſari videtur *l. vlt. §. emptor. C. comm. de legat.* quæ ex ſtipulatione duplæ pro euictione ait, agere non poſſe eum, qui ſciens mala fide ab herede emit rem alii legatam vel per fideicommiſſum relictam pure vel ſub conditione, nec agere ex empto ad precium recipiendum, etiamſi nihil conuenerit de euictione.

Sed Reſpondet Donell. in *d. l. 27.* rationem huius id eſſe quod prius conſtituit Iuſtinianus, quod nempe exiſtente conditione rei legatæ, venditio, quæ præceſſerat, perinde irrita fiat, ac ſi nulla interueniſſet: Quod ſi itaque nulla eſt emptio, conſequens eſſe, ait Donell. nihil ex iis peti poſſe, quæ per cauſam emptionis promittuntur: proinde nec duplam ex conuētione præſtari emptori, quoniam dupla ex cauſa emptionis & rei venditæ euictæ promittitur; pretium tamen, emptione ſublata, repeti poſſe condictione ſine cauſa *lege 1. in fine Digeſt. de condict. ſine cauſa.* Ideo autem Iuſtinianus in ſpecie *d. l. vlt. §. emptor.* cōſtituit, vt exiſtente conditione legati emptio haberetur pro nulla, quo coerceret auaritiam heredis, qui tam turpiter contra voluntatem defuncti rem vendidit reſtitutioni obnoxiam.

Iacob. Cuiac *ad eand. l. 8.* reſpondet cum Accurſio, id quod traditur in *d. l. vlt. §. emptor.* plane ſingulare eſſe: ſingularitatis verò iſtius hanc eſſe rationem ne quis ſciēs temere accedat ad emptionem quæ fit contra iudicium & vltimam voluntatem defuncti, quæ religioſiſſimè ſit obſeruanda.

Et hoc quidem vſque adeo verum eſſe exiſtimo vt emptor, qui ſciens rem alienam, vel obligatam emit, ne quidem precium recuperet vel à venditore repetere poſſit? Et deciſio huius quæſtionis habetur in *l. 27. Cod. de euict.* vbi expreſſe dicitur quod emptor ſcienter rem alienam vel obligatam emens, quod eo nomine dederit contra iuris rationem poſcat. 2. In *l. 7. C. commun. vtriuſque* imperat. reſcribunt: *ſi ſciens quis fundū, alii obligatum, emerit euictionis nomine eo ſolum caſu actionem habeat, quo pacto vel ſtipulatione ſibi de ea cauit.* 3. Accedit ꝙ qui doloſe cōtraq; præcepta legū agit, mereatur preciū amittere *l. penult. & l. vlt. C. de reſcind. vendit. l. 7. C. de agric. & cenſit. l. vlt. Cod. de præd. decur. l. vlt. Cod. de fund. rei priuat.* *Lit. D. Quæſt. 31. An emptor, qui ſciens rem alienā emit, preciū recuperet?*

Non obſtat huic quod dominus, rem vindicans, cogitur malæ fidei emptori pretiū cū vſuris offerre, quo rē cū vſuris dominus cōſequatur. *l. 1. C. ſi vēd. pign. ag.*

Nam ad hoc bene reſpondet Forner. *2. ſelect. 13.* ibi creditori ius diſtrahendi pignoris fuiſſe, igitur & ementi & alteri, vt pecunia refecta debitor liberaretur *l. 12. ff. de diſtr. pignor.* Malæ fidei itaque ſuſpicio non quidem ex alienæ rei ſcientia naſcitur quia licuit pignus vēdere, quod non niſi alienum, id eſt, debitoris eſſe potuit, ſed dolus forte in alienādi forma & pretii tenuitate adhibitus fuit. Pignus, ait, ex compacto, colluſione & ambitione, clam non in auctione neque ſolenniter minoris, quam quanti erat, addictum eſt emptori, & quidem ſcienti fraudiſq; participi *l. 3. Cod. eod tit. l. quæ ſpecialiter. C. de diſtract. pignor.* Alioquin quiſquis dominii iure vindicat, nihil neceſſe habet rei ſuæ precium poſſeſſori reddere *l. 2. C. de furt. l. 23. Cod. de Rei vindicat.*

Non aduerſatur etiā ꝙ vēditione metu extorta, in quo & dolus ineſt *l. 9. §. volenti ff. quod met. cauſ.* ſi petatur reſciſſio, malæfidei emptor illatū preciū recipiat *l. 1. C. de reſcind. vendit. l. 3. l. 4. C. quod met. cauſa.*



Digitized by Google

Nam hoc ideo ſic conſtitutum eſt quia reſtitutio ei quoque aduerſus quem poſtulatur, prodeſt *l. vnic. C. de reput. l. 24. §. reſtitutio. ff. de minor.*

Non obſtat denique quod in *l. vlt. C. commun. de legat.* emptor rei legatæ grauamen reſtituendique neceſſitatẽ impoſitam non ignorans, pretium recuperat, quamuis nec duplum euictionis nomine nec meliorationes cõſequatur.

Reſpondet Donellus hoc ideo illic fieri quia emptio venditio in caſu ibi propoſito nulla & irrita fuerit ideo precium quod prius ex ea emptione venditione datum erat cœperit repeti condictione ſine cauſa *l. 1. in fine ff. de condict. ſine cauſa.*

At Guilhelmus Fornerius *d. c. 3.* reſpõdet emptorem in *d. l. vlt.* ſciuiſſe quidem rem obnoxiam reſtitutioni fuiſſe & ideo ſibi duplæ ſtipulatione proſpexiſſe: indeque malæ fidei argumentum duci nõ poſſe, ſed potius pretij repetitionem eſſe, tanquam ſtipulatio eiuſmodi non tã alienæ rei ſcientia quam legitimè ob ſuſpicionem adhibita cautio fuiſſet *d. l. 27. d. l. penult. Cod. de euict.*

## RESOLVTIO THESIS Octaua.

DEnunciatione venditori facta legitime & prout oportet, tenetur emptorem defendere in foro rei conuenti, non in ſuo proprio foro. Hoc quippe diſerte reſpondet ICtus in *l. 49. ff. de iudic.* vbi ita ſcribit: *Venditor ab emptore denunciatus vt eum euictionis nomine defenderet, dicit ſe priuilegium habere ſui iudicis: Quæritur vtrum poſſit litem ab eo iudice, apud quem res inter petitorem & emptorem coepta eſt, ad ſuum iudicem reuocare. Paulus reſpondit venditorem emptoris iudicem ſequi ſolere.*

*Lit. A.* Quæſt. 32. *In quonam foro debeat venditor defendere emptorem?*

Huius vero ſententiæ duas rationes adducit Cabalinus: 1 Quia vbi iudicium cœptum eſt, ibi quoque finiri debet *l. vbi cœptum. de iudic.* Iam vero iudicium cœptum fuit in foro emptoris, in quo fuit conuentus ipſe emptor à domino rei. Igitur in eodem foro iudicium finiri oportet. 2 Quia procurator nomine ſui principalis non in ſuo proprio ſed in domini ſui foro debet experiri: iam vero in caſu noſtro vẽditor eſt quaſi procurator emptoris, ſeu potius defenſor. Igitur emptorem in ipſius foro defendere debet. *l. ſed & hæ. §. Non ſolum ff. de procurator.*

Iacobus Cuiacius ideo ait vẽditorem debere ſequi iudicem & forum denunciatoris, ſiue emptoris quia non ipſe vẽditor principalis reus eſt, ſed emptor, qui rem emptam poſſidet, & laudat auctorem; ipſe vero auctor defenſor eſt rei principalis; itaque venditor interpellatus & denunciatus euictionis nomine rei principalis forũ ſequi debet non reuocare ad ſuum forum.

Denique ſiue in rem, ſiue in perſonam agatur, auctor debet ſequi forum rei *l. 1. C. vbi in rem act. exercer.* Atqui reus eſt in hoc noſtro caſu non venditor, ſed emptor: Huius igitur forũ ſequi oportet.

Non obſtat quod venditor ſurrogetur in locum emptoris quando emptorem defendere debet; & ideo actor ſequi cogatur forum venditoris & non emptoris.

Ad hoc quippe facilis eſt reſponſio: nam non ſimpliciter in locum emptoris ſurrogatur venditor, ſed ſurrogatur ei tanquam defenſor, & tanquam procurator vt ex prædictis patet. Et hoc recte ad eum quoque extenditur caſum quo venditor vtitur exceptione declinatoria fori: Hac enim tunc demum iure & cum effectu vtitur, eademque actorem ad priuilegiatum ſuum forum trahit, quando ipſe conuenitur ſuo nomine, non vero quando alium defendit eiuſque defenſor, ſiue procurator exiſtit.

Et hoc etiam procedere in clerico, qui

alias

*Lit. B.* Quæſt. 33. *In quonam foro clericus venditor teneatur defendere emptorem Laicum?*

alias fori vtitur priuilegio *l. penult. C. de pact. l. ſi diligenti extr. de foro competent.* bene monet Autor poſt Caſtrenſem, Didac. Couarruv. *1. pract. q. 4. nu. 3.* Caſpar. Cabalinum in *tractat de euict. §. 3. nu. 119.*

Nam primo generalis eſt textus in *l. venditor de iudic.* vbi agitur de venditore cui ex priuilegio competebat declinatoria iudicii; & tamen de hoc venditore in genere aſſeritur, quod teneatur defendere emptorem in ipſius foro.

2. Accedit quod in caſu propoſito iudicium inſtitutum eſt contra emptorem, & non contra clericum, ſed clericus duntaxat defenſor eſt emptoris, actor itaque ſequi debet forum emptoris nec trahi poteſt ad forum venditoris.

3. Priuilegium clerici hoc ſaltem præſtat clerico vt non poſſit conueniri coram ſeculari magiſtratu: At in caſu propoſito non conuenitur coram magiſtratu ſeculari emptor clericus, etſi priuilegio ſuo non vtatur, quia, vt dictum eſt, ipſe clericus non conuenitur, ſed eius emptor duntaxat ſequitur itaq; clericum venditorem non poſſe vti priuilegio fori.

Non aduerſatur quod clericus habeat proprium iudicẽ ex priuilegio *c. clericum nullus 11. q. 1. c. ſi diligenti. de foro competent.* quodq; clerici exẽpti ſint à iuriſdictione iudicis ſecularis: Nã hoc verũ eſt quãdo conueniũtur & ipſi lite pulſantur, non quãdo alios actione conuẽtos & iudicio pulſatos defendũt. Interim tamen non prohibetur clericus, corã ſeculari magiſtratu emptorẽ defendẽs, vti iure ſibi ex beneficio & priuilegio competente.

*Lit. C.* Qu. 34. *An Fiſcus emptorem poſſit defendere in ſuo & priuilegiato foro venditorem?*

Pari modo nec fiſcus emptorẽ in ſuo proprio & priuilegiato foro defendere poteſt, ſed ſequi tenetur forũ emptoris quem defendit. Etſi n. quibuſdã placeat contrariũ eo ꝙ fiſcus habet priuilegium fori & ſuum peculiarẽ iudicem quandoquidem cauſæ fiſcales agitantur coram procuratore Cæſaris *l. Ad fiſcum. Codice vbi fiſcales cauſæ*: Quocirca cum & tunc quando emptor fiſci conuenitur, fiſcalis cauſa eſſe cenſeatur, idcirco etiam coram procuratore fiſci ventilari debeat.

Hac tamen ratione non obſtante, placet quod, vt ſupra dixi, fiſcus defendendo emptorem cogatur eius ſequi forũ, nec in ſuo foro eum defendere queat. Id ſi quidem euincit generalitas *d. l. venditor.* in qua generaliter & abſque vlla diſtinctione deciditur vẽditorẽ nõ poſſe ex priuilegio declinare forum emptoris.

Quod autem dicitur, cauſas fiſcales in foro fiſci & coram procuratore Cæſaris agitari debere, hoc verum eſt de cauſis, primò ac principaliter fiſcum concernentibus, non vero in conſequentiã duntaxat ad eum ſpectantibus: Atqui præſens cauſa emptorẽ primo & principaliter concernit, cum ipſe conueniatur in rem actione ad rei emptæ reſtitutionẽ faciendam in conſequentiam duntaxat pertinet ad fiſcum, quatenus ſcilicet, re euicta, ab emptore euictionis nomine conuenitur. proinde coram procuratore fiſci non debet tractari & ventilari.

Accedit ad huius confirmationem & iſta ratio, quod fiſcus vtitur iure priuati, quotiens non reperitur expreſſe priuilegiatus: iam verò priuilegiũ habet fori cũ ipſe conuenitur, eoq; priuilegio gaudet quo ad ſuas dũtaxat proprias cauſas, quæ fiſcales dicũtur, *d. tit. C. vbi fiſcales cauſæ* At cum aliũ defendit non habet beneficium & priuilegium fori vlla lege ſibi tributũ: Hoc igitur ſibi arrogare nõ debet.

Obſtare tamen videtur textus in *l. 3. C. de iure fiſci.* Nam ibi prædia quædã erãt fiſco obligata, hæc vero vel manifeſta emptoris fraude, vel gratia erant minoris, quam reuera valebant, diſtracta, & dicitur adeundum procuratorem fiſci qui debitam quantitatem offerenti prædia iſta reſtitui iubere debeat.

Sed hæc erat cauſa reuera fiſcalis, fiſcũ directo concernens, quandoquidẽ præ-

dia,minoris per fraudē emptoris diſtracta,erant pignori fiſco obligata, & ideo cauſa iſta fiſcum principaliter concernebat,mirum proinde non eſt quod coram procuratore fiſci agitanda fuerit. At in præſenti negotio rem ſecus ſeſe habere ſupra oſtenſum fuit.

Quæſt. 35. *Cuiuſnam ſumptibus defendi debeat emptor?*

Iſtud etiam quæſtionis eſt non vſque adeo perſpicuæ,cuiuſnā ſumptibus venditor emptorem debeat defendere, vtrum ſuis & propriis,an vero ſumptibus ipſius emptoris, & vtrum hic ſuo venditori ſumptus, quos in defenſionem eius fecit,refundere debeat?

Et quidem ſi emptor damnatus ſit, dubiū non eſt quin ſumptus,quos in litē fecit, ipſi refundi debeant,nec ad eos quos venditor fecit,refundendos obſtrictus & obligatus ſit: ſiquidē damnū ad ipſum ſpectare debet qui cauſam ei præbuit:iā vero damnū hoc contigit culpa venditoris, rem alienam diſtrahentis, idcirco ad ipſum merito pertinet.

Cæterum ſi emptor iudicio abſolutus fuerit,vtrumne recipiat à vēditore ſumptus quos fecit in litem, deq; illis actionem habeat contra venditorem,non admodum expeditum eſſe videtur.

Affirmatiua placet Bartolo in *l.1.C. de euict.*& eum ſequitur Caſpar Cabalinus *d.tract.de euict.§.3 n.147 & ſequent.* ſed recte hoc improbat Author noſter; pro quo faciūt ſequentia iuris fundamenta.

1. In *l.18.C.de euict.*dicitur ſi res vendita declarata fuerit venditoris,adeoque venditor ab actione contra ſe inſtituta, abſolutus fuerit, emptorem non poſſe reuerti ad venditorem hoc autem non ita intelligi poteſt,quod ob euictionem nō poſſit emptor ad venditorē reuerti, id enim moneri in propoſito ſtultiſſimū foret,cū certiſſimū ſit rem non eſſe euictam, ſed abſolutum fuiſſe emptorem, ſed ita neceſſario intelligi debet quod emptor,facta abſolutione,non poſſit reuerti ad vēditorē ob omne aliud dānum quod emptor propter litē motam paſſus eſt,quale eſt damnum impenſarum litis. vult itaq; in *d.l.18.* Imperator quod propter ſumptus litis emptor non habeat regreſſum aduerſus vēditorē. 2. Inſuper in *l.Ex empto in pr.& l.ſeruus quem.§.vlt.ff. de act.empt.*clare ſcriptum eſt, venditorē emptori,re vendita tradita non teneri, niſi ob euictionem duntaxat; vel, quod idem eſt, non teneri, ſi emptori habere liceat: Licet autē emptori rem habere, quamdiu res euicta non eſt *l.habere.ff. de euict.*maxime vero eo caſu, quo abſolutus eſt emptor ab eo, qui rē vindicabat. Igitur de ſumptibus litis non tenetur vēditor emptori,ſi vēditor abſolutus eſt.

3. Quæ iniuria emptori eſt facta, ea nō ſpectat ad vēditorē *l.ſi per imprudētiā. pr.ff.de euict.*quod autē controuerſia mota eſt emptori ab eo, cōtra quē ſentētia lata eſt,in eo emptori facta eſt iniuria, vt ſentētia quoq; declarat. Proinde hæc iniuria venditorem contingere non debet.

4. Emptione contracta,certum ius eſt omne periculum omneq; damnum in re vendita ad emptorem pertinere *l. Neceſſario Digeſt. de peric. & commod. rei vendita §.3.l.de empt.vendit.* In hoc autem periculo & incommodo rei, ſiue in caſibus fortuitis,quæ circa rem contingunt, eſt vis aut iniuria, quæ emptori ab aliis infertur *l. ad eos.Digeſt. commod.*quare & huius iniuriæ periculum atque incommodum ad emptorem pertinere debet

5. Caſus futuros poſt emptionē contingentes; certū eſt ad venditorem non pertinere *l.Lucius.Digeſt.de euict.*iam vero hæc controuerſia, quæ incidit aduerſus emptorem poſt emptionem contractam, non incidit ex cauſa aliqua præcedente, quam conſtitit petitorem nullum habuiſſe: Non igitur hunc caſum & ſi quid ex eo damni eſt, præſtat venditor.

Non refragatur veriſſimæ huic ſen-

tentiæ

Digitized by Google

tentiæ argumentum Bartoli, quo ita infert: venditor præſtare debet emptori vt rem venditam illi habere liceat: At qui promiſit emptori habere licere, is tenetur emptori ob ſumptus in litem factos, ſi controuerſia emptori mota fuerit *l. ſtipulatio iſta pr. ff. de verbor. obligat.*

Aſſumptio enim huius argumenti manifeſte falſa eſt eiuſque falſitatem ſatis detegunt argumenta, modo pro Authore adducta: nec in allegata *l. ſtipulatio iſta.* quicquam habetur quo ea opinio ſtabiliatur.

Pari modo non refragatur iſta Bartoli ratio quod controuerſia emptori mota, venditor teneatur defendere: is autem qui defendere debet, nec defendit, teneatur in id quod emptoris intereſt: vẽditor itaque teneatur ad ſumptus in litem factos.

Falſa ſiquidem eſt hæc collectio: venditor enim defendere quidem debet emptorem, ſed non ſuis ſumptibus, verũ ſumptibus emptoris: Sic quoq; procurator tenetur defendere dominum, & ita quidem tenetur, vt ſi id non faciat, in id quod intereſt domino condemnari debeat *l. 43. cum ſeqq. ff. de procurator.* ex quo tamen nemo colliget, quod procurator ſuis propriis ſumptibus, & non ſumptibus domini defendere debeat.

*Lit. E.* Quæſt. 36. *An emptor conſequatur expenſas, in libello nõ petitas?*

Cæterum ſi non abſolutus, ſed condemnatus fuerit emptor, æquitas ipſa ſuadet eũ à vẽditore præſtari indemnem ſumptuſq; litis illi refundi: Quid autem ſi hoc caſu in libello non petierit emptor refuſionem impenſarum, vtrumne illarum nihilominus rationem habere & venditorem in eas cõdemnare iudex debeat, quæritur? Affirmantium ſententia placet: Actio quippe, quæ ex empto de euictione datur, eſt bonæ fidei, idcirco omne id, quod emptori à venditore æquum & bonum eſt præſtari continet *§. 30. l. de act.* æquum vero & bonum eſt expenſas litis recipere emptorẽ, ne culpa venditoris aliquod capiat detrimenti: hæ igitur impenſæ præſtari à venditore emptori debent.

Non refragatur *l. 45 §. 1. ff. de act. empt* vbi ſi emptor expenſas ædificiorum, quas fecit in re empta potuit conſequi ab aduerſario opponendo exceptionem, & non oppoſuit, venditor non tenetur.

Sed agnoſcit ipſe Cabalinus hunc textum ad præſens negotium accommodari nõ poſſe, quia non loquitur de expẽſis iudicii, ſiue de ſumptib' litis, de quib' nobis ſermo eſt, ſed de impẽſis in rẽ factis.

Non obſtat quod culpa poſſit imputari emptori quod in libello petitionem impenſarum omiſerit, ꝙ autem quis dãnum ſua culpa ſentit, ne quidem ſentire videatur iuxta vulgarem iuris regulam.

Ad hoc enim reſpondeo, culpam hic emptori nullam imputari poſſe, cum ſciuerit, aut ſane ſcire debuerit quod etiam non petitarum impenſarum iudex ex officio & natura contractus huius iudiciique rationem habere debeat *d. §. 31. l. de act.*

## RESOLVTIO THESIS Nona.

ET hactenus oſtenſum fuit ſatis prolixe quomodo emptio venditio cõtrahatur, quomodo contracta confirmatur; Dicendũ reſtat vt exponatur etiam quomodo perfecta rurſus reſcindatur. Reſcinditur autem emptio venditio conſenſu & voluntate vtriuſque contrahentis, emptoris videlicet & venditoris *l. 7. §. 6. & l. 58. Digeſt. de pact. l. 5. Cod. de reſcind. vendit.* Idque naturæ huius contractus & rationi naturali eſt conſentaneum: cum enim contractus iſte ſolo perficiatur conſenſu, æquiſſimum eſt, vt etiam ſolo conſenſu rurſus reſcindatur & reſoluatur *§. fin. I. quib. mod. oblig. ſoluit.* & cum contractus ad rem ipſorum contrahentium familiarem pertineat, ratio *Lit. A.*

ſane

ſanè nulla apparet quæ eos à contractu mutua voluntate recedere prohibeat: Nam quod dicitur contractus ab initio eſſe volũtatis, ex poſt facto autẽ incipere eſſe neceſſitatis, non eò pertinet vt integrũ & liberum vtrique contrahenti eſſe non debeat pœnitere & à contractu recedere, ſed illuc dũtaxat ſpectat vt alteruter contrahentium, altero inuito, non poſſit à contractu reſilire. *l. ſicut. C. de obligat. & Act.*

Ita verò contrahentibus licet diſcedere ab emptione venditione, ſi res adhuc ſit integra, hoc eſt ſi nihil adhuc ex contractu profectum ſit à venditore ad emptorem, vel ab emptore ad venditorem: cum enim tunc, quando vel precium ſolutum eſt venditori & res tradita emptori, contractus ſolo amplius conſenſu nõ cõſtet, ſed rei traditione, & precij ſolutione conſummatus ſit, ideo non reſolui poteſt ſola voluntate contrahentium nudoque illorum conſenſu, ſed neceſſum eſt vt id, quod hinc inde datum ſolutumque eſt, reddatur & reſtituatur.

Quæſt. 37 *An emptio venditio reſcindatur ex pacto de reſcindenda venditione ab initio interpoſito?* Reſcinditur etiam emptio venditio per actionem empti venditi ex pacto quod de reſoluenda emptione-vẽditione in continenti & ab initio eſt appoſitum contractui? Sed hoc non omni ſcrupulo & dubio carere videtur: Nam quid abſurdius eſſe poſſet quam pactum, quod ad reſolutionem contractus pertinet, ingredi eſſentiam contractus, eius fieri partem, ſi in continenti appoſitum fuerit *l. 7. §. 5. & 6. Digeſt. de pact. l. 40. Digeſt. de Reb. credit.* Hinc pactum, vt amplius quid præter creditum pecuniam reddatur, pro decẽ videlicet vndecim, quia repugnat eſſentiæ mutui quæ in eo conſiſtit vt tantundem reddatur & vt gratuitum, officium amico præſtetur, idcirco non ineſt mutuo, nec eius ſubſtantiam ingreditur *l.* [illegible]

quod pactum illud, quod contractus eſſentialibus repugnat, ſi apponatur contractui, quantumuis in continenti, aut deſtruat contractum eumque vitiet, aut vero ipſum vitietur & pro nullo atque pro non adiecto habeatur, clare eſt ſcriptum in *l. 72. Digeſt. de contrahend. empt.*

Sic etiam abſurdum eſt, actionẽ, quæ ad reſoluendum & reſcindendũ emptionis contractũ comparata eſt, ex ipſo cõtractu emptionis-venditionis proficiſci, cum effectus per ſe nunquam pertineat ad cauſæ deſtructionem, ſed potius ad eius conſeruationem. Cæterum obſeruandum eſt pacto iſto emptioni venditioni de ea reſoluenda ab initio appoſito, nõ hoc agi, vt ſtatim reſcindatur & reſoluatur emptio, eaque pro non contracta habeatur; ſic enim ineſſe emptionis-venditionis cõtractui non poſſet, nec eſſentiam eius ingredi valeret, ſed id ſolum agitur tali pacto vt emptio venditio nunc ſubſiſtat & tunc demum reſoluatur, quando aliquid factum, aut non factum fuerit; Tale eſt pactum retro venditionis, quo placet inter emptorem & venditorem vt ſi venditor, vel intra certum tempus vel quandocunque idem precium obtulerit tunc debeat fieri reuenditio & reſtitutio rei ita venditæ *l. 2. Codic. de pact. int. empt. & vendit.* Tale etiam eſt pactum commiſſorium quæ non ſimpliciter & pure reſoluunt emptionem, ſed tunc demum ſi quid factum aut non factum fuerit.

Quod autem dicitur ex emptione non dari actionem ad contractum emptionis venditionis reſoluendũ, id quidẽ regulare eſt, ſed fallit ſi pactum tale de reſoluenda & reſcindenda venditione ab initio interpoſitum fuerit. Ita quippe in *l. 6. Codic. de* [illegible] Impp. [illegible] ab [illegible] ad [illegible]

*reſcindendam perfectam venditionem, ſed ad precium exigendum competit.* Non facile agunt, contractum reſcindi, propter rationem ſupra adductam, excipiunt tamen, niſi pacto aliud ab initio contractus placuerit: Tunc enim quia ea lege emptio venditio inita & perfecta eſt, idcirco nihil intelligitur contra contractum fieri, quando ad eum reſcindendum ex emptione agitur.

Lit. B. Reſcinditur præterea emptio-venditio ſententia iudicis, ex *l. 2. C. de reſcind. ven.* Iſtius legis verba hæc ſunt: *Rem maioris precii, ſi tu vel pater tuus minoris diſtraxerit, humanum eſt, vt vel precium te reſtituente, emptoribus, fundum venundatum recipias, auctoritate iudicis intercedente, vel ſi emptor elegerit, quod deeſt iuſto precio, recipias, minus autem precium eſſe videtur, ſi nec dimidia pars veri precii ſoluta ſit.* Sancitur in hac lege, vt ſi res minori, quam valebat, precio, fuerit diſtracta, tunc in arbitrio debeat eſſe venditoris, vtrum velit ſibi id quod iuſto precio deeſt ſuppleri, an vero malit, precio reddito, rem venditam recipere. Etenim in emptionibus olim iure permiſſum erat ſe inuicem, ſine fraude tamen & dolo circumuenire, hoc eſt, rem maioris precii minori precio emere, & rem minoris precii maiori vendere. *l. 16. ff. de minoribus. l. Item ſi. §. vlt. ff. de locat. conduct.* ita vt quamuis ex æquitate inæqualitas iſta ad æqualitatem reduci poſſet. *l. 3. C. commun. vtriusque iud.* non tamen propter læſionem iſtam liceret à contractu emptionis venditionis parti læſæ, alterâ invitâ, recedere. Verum hac Dioclet. & Maxim. Conſtitutione effectum eſt, vt non modo æqualitas iſta tolli poſſet ſuppletione precij facta, ſed etiam vt ſi ita læſo videretur, contractus plane reſolui & reſcindi valeret reddito eo & reſtituto, quod vtrinq; datum fuit. Quod ex humanitate & benignitate conſtitutum eſſe Impp. hoc loco profitentur.

Qu. 38. De hoc vero remedio primo hæc mouetur quæſtio, vtrum etiam iuri pandectarum cognitum fuerit, an verò demum iure Codicis ſit introductum? Qui prius affirmant, his ſolent vti rationibus. *An remedium l. 2. C. de reſc. vendit. iure Pandectarum fuerit cognitum?*

1. In *l. 36. ff. de verb. obligat.* dicitur, ſi res ipſa in ſe dolum habeat, competere exceptionem ad reſcindendam ſtipulationem: At dolum in ſe habere res ipſa, in contractum deducta, intelligitur, cum contrahentes ignoratione ipſius valoris & dignitatis ſeſe circumſcribunt.

2. In *l. 54. ff. de contrah. emp.* Paulus ICtus *res, ait, bona fide vendita, propter minimam ſummam inempta fieri non debet*: Vnde colligitur, quod propter magnam, aut maximam ſummam poſſit fieri inempta.

3. In *l. 6. §. 2. de iure dot.* læſo in dote ſuccurritur: Nam ibi ſic Pomponius: *Si in dote, inquit, circumuentus ſit alteruter, etiam maiori annis 25. ſuccurrendum eſt, quia bono & æquo non conueniat, aut lucrari aliquem cum damno alterius, aut damnum ſentire per alterius lucrum.* Et in *l. 12. §. 1. eod. tit.* Vlpianus: *Si mulier dicat circumuenta, minoris æſtimaſſe, vtputa ſeruum; ſiquidem circum in hoc venta eſt, quod ſeruum dedit, non tantum in hoc, quod minoris æſtimauit, in eo acturam, vt ſeruus ſibi reſtituatur.* Enimuerò ſi in æſtimationis modo circumuenta eſt, erit arbitrium mariti, vtrum iuſtam æſtimationem, an potius ſeruum præſtet.

4. In *l. 70. §. ſi certum. ff. de legat. 2.* Papinianus ſcribit: *Si centum legatis duplum reſtituere rogatus ſit, ad ſummam legati videbitur conſtituiſſe: Si autem poſt tempus fideicommiſſum relictum ſit, vſurarum duntaxat additamentum admittetur. Nec mutanda ſententia erit, quod forte, legato percepto, magnum emolumentum ex aliquo negotio conſecutus eſt, aut pœnam ſtipulationis imminentem euaſit.*

Hæc ita, ſi quantitas cum quantitate conferatur. Enimuerò ſi pecunia accepta, rogatus ſit rem propriam, quanquam maioris precij eſt, reſtituere, non eſt audiendus legatarius le-

gato percepto, ſi velit computare: Non enim æquitas hoc probare patitur, ſi quod legatorum nomine perceperit, legatarius offerat.

5. Idem colligitur ex *l. Lucius.38.ff. famil.hercisc.* vbi à diuiſione bonorum receditur ob læſionem enormem: Verba hæc ſunt: *Lucius & Titia fratres emancipati à patre adulti curatores acceperunt, hi communes pecunias ex reditibus redactas ſingulis ſubminiſtrauerunt, poſtea omne patrimonium diuiſerunt, & poſt diuiſionem Titia ſoror Lucio fratri ſuo cœpit quæſtionem mouere, quaſi amplius accepiſſet, quam ipſa acceperat, cum Lucius frater eius non amplius ſua portione, imò minus quam dimidiam conſecutus ſit, quæro, an Titiæ competat aduerſus fratrem actio, Paulus reſpondet, ſecundum ea quæ proponuntur, ſi Lucius non amplius ex reditu prædiorum communium accepit, quam pro hæreditaria portione ei competeret, nullam ſorori eius aduerſus eum competere actionem.*

Idem reſpondet, cum ex decretis alimentis à Prætore amplius fratrem accepiſſe diceretur, quam ſororem: non tamen vltra partem dimidiam.

6. Idem plane colligitur quoque ex *l.3.C.ex quib.cauſ. maior.* in qua Imperatores: *In contractibus,* inquiunt, *qui bonæ fidei ſunt, etiam maioribus officio iudicis, cauſa cognita, publica iura ſubueniunt.*

7. Et in *l.3.Co.comm. vtriusq; iudic. Maioribus*, aiunt, *etiam per fraudem, vel dolum, vel perperam ſine iudicio factis diuiſionibus, ſolet ſubueniri; quia in bonæ fidei iudicijs, quod inæqualiter factum eſſe conſtiterit, in melius reformabitur.*

8. Idemque colligi putant ex *l.61.ff.de ædilit. edict.* in qua Vlpianus, *Quotiens*, ait, *de ſeruitute agitur, victus tantum debet præſtare, quanti minoris emiſſet emptor, ſi ſciſſet hanc ſeruitutem impoſitam.*

9. Denique in *leg.2. ff. depoſiti.* dicitur, heredem, ſi rem apud defunctum depoſitam vendiderit, precium vero nondum exegerit, teneri ipſum domino rei actiones, quas de re minoris vendita habet, aduerſus emptorem cedere.

Quocirca ex his textibus relucere videtur, etiam iure veteri Pandectarum remedium *l.2.C.de reſcin.vendit.* fuiſſe cognitum & vſitatum.

Sed ab hac ſententia diuortium facit Arius Pinellus, ſtatuens, in legibus Pandectarum, de remedio prædicto *d. leg. 2.* nihil quicquam reperiri. Et quod nouiter demum ſit introductum, his rationibus obtinere conatur.

1. Quia, ſi hoc beneficium non eſſet nouum, ſed legibus quoque veteribus cognitum, tum eius ſine dubio *in tit. ff. de reſcind.vendit.* in quo ex profeſſo de modis, quibus emptio reſcinditur, pertractatur, aut alibi in iure Pandectarum mentio facta fuiſſet: At nullibi in *d. tit. de reſcind.vendit.* nec vſpiam etiam in iure pandectarum de hoc remedio quicquam legitur, vt apparebit poſtea dilucidius, cum ad textus adductos fuerit reſponſum.

2. Quia in *l.16.§.4.ff.de minor. & l. 22.§. 1.cum ſeq.* permittitur in emptione & locatione circumuentio, abſque vlla quantitatis determinatione.

3. Quia Imperatores, dum ſe in *d. l. 2. C.de reſcind. vendit.* in ſola humanitate & æquitate fundant, non obſcure ſignificant, diuerſum prius iure obtinuiſſe.

4. Quia denique in *l.à Diuo.§.ſi pignora.ff.de re iudic.* traditur expreſſe, non poſſe aliquem reſcindere conuentionem vel acceptilationem alicuius ſummæ pro re vel quantitate ſibi debita, etiamſi longe minus acceperit.

Nec videtur refragari, quæ ſupra pro contraria opinione adducta fuerunt.

Quod enim primo ex *l.36.ff.de ver.obli.* adducitur, id parum ad rem facit: quia in vtraq; eius legis parte dolus verus interuenit;

uenit;in priori quidẽ ſtatim à principio. In poſteriori vero tempore iudicij, vnde etiam pariter doli exceptio aduerſus agentem competit. Et quidem exemplum poſterioris partis extare videtur in *leg. de condict. ſine cauſa.& leg.2.§.2. §.circa.ff.de doli except.* Si quid enim promiſſum fuerit aut conuentum ob cauſam, poſtea deficientem, tum licet ab initio nulla fraus interueniat, cauſa tamen non ſecuta, doloſe poſtea ex ea agitur. At hic de ea loquimur circumuentione & læſione, quæ omnis fraudis & doli ſit expers, de qua etiam *d.l.2.Cod.de reſcind.vendit.* accipi debet.

Ad *d.l.54.ff. de contrah. empt.* reſpondetur, cum illic dicitur, rem bona fide emptam propter minimam cauſam non poſſe fieri inemptam: verbum cauſam referri non oportere ad læſionem in precio, ſed aliam quamcunq; cauſam ſignificare, ob quam quis recedere vult ab emptione perfecta.

Ad *l.6.§.2.& l.12.§.1.ff.de iure dot.* Illic de doloſa circumuentione, & ea quæ cum fraude ſit coniuncta tractari: Nos autem de ea loquimur venditione & circumuentione, quæ, vt dixi, omni penitus dolo & fraude careat: Hæc iure Pandectarum, ob læſionem etiam enormem, reſcindi non legitur. Deinde in iſtis ll. nihil proponitur de qualitate aut quantitate remedij reſciſſorij, quæ in *d.l.2.* definitur & exprimitur.

In *l.70.§.ſi cautum.ff.de legat.2.* Nihil omnino quicquam tractatur de læſo per venditionem hærede, ſed ſolum, qualiter vendere hæres teneatur, oſtenditur.

In *l.Lucius.38.fam.herciſc.* IC. loquitur de fratre & ſorore, communia bona habentibus, è quibus frater ad alimenta plus acceperit, quam ipſi fuerit debitum: Et reſpondet ICtus, hoc caſu non ideo actionem aduerſus fratrem dari, ſi is vltra dimidiam partem non acceperit, hoc eſt non vltra reditus ſuæ partis, quæ dimidia erit: Quandoquidem ad quem certa bonorum pars ſpectabat, ad eundem conſequẽter fructus pertinere, cõueniens erat. *l.non eſt ambiguum.C.fa herciſ.*

In *l.3.C.ex quib.cauſis maior.* etſi ageretur de remedio *d.l.2.C.de reſcin.vendit.* huc tamen non pertineret, quia eorundem eſt Imperatorum, Diocletiani nempe & Maximiniani, ac proinde non probat, quod ante *d.l.2.* cuius authores ſunt prædicti Imperatores, cognitum fuerit eius legis remedium. Deinde ita in bonæ fidei contractibus læſis ſuccurritur, non vt arbitrio circumuenti relinquatur, vtrum à contractu abire, an ꝙ deeſt ſuppleri ſibi velit, ꝓut eſt remediũ *d.l.2.* ſed ita ſuccurritur, vt inæqualitas ad æqualitatẽ reducat̃.

Idem reſpondendum eſt ad *l.3. C. com. vtriuſq; iudic.* Nam & ibi ſolum ſancitur, in bonæ fidei iudicijs inæqualitatem ad æqualitatem reduci: At beneficium ac remedium *l.2.C.de reſcin.vend.* non in hoc ſolũ conſiſtit, vt inæqualitas tollatur & emendetur, ſoluto eo, quod deeſt iuſto precio, ſed vt in arbitrio & electione ſit circumſcripti, vt eligat, vtrũ à contractu recedere, an, ꝙ ſibi deeſt, ſuppleri velit. In *l.61.ff.de ædil.edict.* propter imminutionem precij contractus non reſcinditur, ſed ſolum actio quanti minoris datur.

Ad poſtremum ex *d. l. 2. ff. depoſiti.* deſumptum, idem ꝙ modo reſponſum fuit, nempe *d.l.2.* loqui de actione quanti minoris, qua ſaltem ad inæqualitatem corrigendam, non vero ad contractum reſcindendum agitur.

Qualis porrò actio ex hoc remedio l. 2. competat, non per omnia expeditum eſt, ſed extant ea de re variæ Interpp. opiniones. Primò n. ſunt, qui tradant ad emptionem venditionem ex *d.l.2.* reſcindendam competere actionem empti venditi, idque his rationibus probare conantur.

Qu. 39. *Quenam actio competat ex l.2. Co.de reſcind. vendit.*

1. Quæcunque ſunt moris & conſuetudinis, hoc eſt, quæ ex more & con-

 ſuetu-

ſuetudine recepta venditor emptori, aut emptor venditori præſtare debent, ea veniunt in actionem ex empto vendito. *l. quod ſi nolit.* §. *quia aſſidua. ff. de ædilit. edict.* Multo ergo magis quæ iure certo præſtanda ſunt, qualis eſt reſtitutio, quæ ex hoc reſcripto l. 2. fieri debet. Nam quod iure præſtandum eſt, id etiam more præſtandum eſt.

2. Certi & indubitati iuris eſt, in bonæ fidei iudicijs, qualis eſt emptio & venditio, omnia ijs iudicijs præſtanda eſſe, quæ ex æquo & bono præſtanda ſunt, etiamſi de ijs nihil omnino conuenerit. §. *in bonæ fidei. Inſtitution. de act. tit. Inſtitut. de obligat. quæ ex conſenſu.* §. *finali.*

3. Præterea actio empti venditi datur ad emptionem-venditionem reſcindendam, ſi fundus nominatim hac lege venditus eſt, vt ſub aliqua conditione inemptus fieret. *l. ſed Celſus. 6.* §. *1. Digeſt. de contrah. empt. ſed etſi nihil tale conuenerit, ſed ſolum liceat iure emptionem reſcindere, & hoc loco in eam rem actio venditori ex vendito competit, argumento eſt certiſſimo redhibitio:* Nam ſi venditum ſit animal morboſum aut vitioſum, ex edicto ædilium curulium poteſt emptor animal redhibere venditori. *l. 1. ff. de ædilit. edict.* At hæc redhibitio nihil aliud eſt, quam reſciſſio emptionis, qua fit vt venditor rem ſuam recipiat, & precium reddat. *l. facti. ff. de ædilit. edict.* At hæc redhibitio petitur actione ex empto. *l. ex empto.* §. *1. de act. empt.* Idem igitur & de hac reſciſſione, de qua hic agitur, dicendum eſt: Tribuitur venditori, vt poſſit reddere precium emptori, & rem ſuam recipere, etſi nihil conuenit. Etſi præterea in eo venditio reſcinditur, nihilominus quia petit, quod emptorem præſtare oportet, ex iure certo in eam rem actionem ex vendito habebit.

Secundo alij condictione ex lege agendum eſſe ex *d. leg. 2.* ad reſcindendam venditionem, vel ſupplendum quod deeſt emptori aut venditori, opinantur.

Quia in *l. vnic. C. de condict. ex lege.* ita ICtus definit: Si obligatio lege noua introducta ſit, nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum eſt. Atqui in noua hac lege 2. qua cautum eſt vt reſcindatur venditio propter enormem venditoris vel emptoris læſionem; nihil quicquam dicitur, quanam actione agatur: proinde ex lege agendum erit.

Tertio alij in integrum reſtitutione venditionem reſcindi propter enormem læſionem ſtatuunt.

1. Quia in *d. l. 2.* dicitur, humanum eſſe hanc reſciſſionem propter enormem læſionem dari, quo ſignificatur æquum eſſe præter conuentionem venditionis. Reſtitutio verò in integrum ex æquitate comparata eſt. *l. penult. de in integrum reſt.*

2. Si reſciſſio hæc venditionis contra ius commune comparata eſt, tum neceſſariò intelligenda eſt reſtitutio in integrum. *l. in cauſa. ff. de minor.* At hæc reſtitutio eſt contra ius commune comparata: Iure enim communi licet contrahentibus in emptione ſeſe precio circumuenire. *l. ſi voluntate. Cod. de reſcindend. vendit.*

Igitur hoc loco dabitur in integrum reſtitutio, non actio ciuilis ad reſciſſionem.

3. Si quis vi coactus rem vendiderit, & tradiderit, competit ei actio ad reſcindendam venditionem: At non ex vendito, ſed actione quod metus cauſa *l. 4. C. de his quæ vi metusve cauſa fiunt. l. metus. 9.* §. *ſed quod prætor. ff. quod met. cauſ.* At hæc actio eſt reſtitutio in integrum, quæ intra quadriennium tantum competit, *l. 4. C. de his quæ vi met. cauſ. l. vlt. Cod. de temp. in integr. reſtitut.*

Igitur datur ex *leg. 2.* ad reſcindendum venditionem in integrum reſtitutio.

His

His non aduerſantur ea quibus probare nituntur, quod actio empti competat ad emptionem propter enormem læſionem reſcindendam: Quod enim primo dicitur, in actionem empti id venire, quod jure aut moribus alter alteri præſtare debeat; id verum & accipiendum eſt de illis quæ ex natura contractus, iure aut moribus præſtari debent: *arg. l. 6. C. de act. empt.* At talis non eſt reſtitutio rei venditę *ex l. 2. C. de reſcind. vendit.* Hęc enim adeo ex contractu non debetur, vt etiam ad contractum emptionis venditionis euertendum & reſcindendum pertineat.

Sic nec *ſecundum* adverſatur, quod ex hoc contractu, cum bonæ fidei ſit, alter alteri præſtare debeat quod æquum & bonum eſt. Hoc enim conſimiliter ita accipiendum eſt, ſi ad contractum implendum & non euertendum pertineat. Qui enim hoc actione empti præſtandum eſſet, quod contractu non continetur? At contractu empti non continetur, quod ad eius non implementum, ſed reſciſſionem pertinet.

Ad *tertium* reſpondeo actionem empti non dari ad contractum reſoluendum ſed implendum, niſi expreſſe de hoc ab initio conuenerit, aut aliud jure aperte ſit cautum: nam ita de hac re Imperatores reſcribunt *in l. 6. C. de act. empt.* Venditi actio, ſi non ab initio aliud conuenit, non facile ad reſcindendam perfectam venditionem, ſed ad precium exigendum competit. Ad rem itaque non pertinet, quod redhibitio animalis morboſi ex ędilitio edicto veniat actione empti: cum id legibus nominatim & expreſſe ſit cautum.

Sic nec illud obſtat, quod condictione ex lege agatur ad emptionem venditionem, propter enormem læſionem, reſcindendam, quia hæc condictio competit, quotiens noua lege obligatio introducta eſt, nec cautum ea lege qua actione agendum ſit.

Reſp. quod enim propter enormem læſionem emptio venditio reſcindatur, non ex præcedente aliqua obligatione, ex qua ad hoc emptor & venditor ad reſtitutionem rei vel precij obligatus ſit, ſed ex ſola æquitate & humanitate, probat *d. l. 2. C. de reſcind. vendit. in verb. humanum eſt.*

Nec refragatur ſententię noſtrę quod majores 25. annis, qui neque dolo circumuenti ſunt, neq; metu coacti, vt venderent, non poſſint in integrum reſtitui, niſi ex ea parte edicti, quæ eſt de iis cauſis, ex quibus majores in integrum reſtituuntur: At ea parte edicti nemo maior reſtituatur, qui facto ſuo læſus eſt, ſed ſolum qui læſus eſt neceſſaria abſentia, vel probabili *l. ſed etſi per prætorem. in fine. l. nec non rem ff. ex quib. cauſis in integr.* proinde venditor in hac ſpecie in integrum reſtitui non poteſt, quia neque dolo circumuentus eſt, neque vi coactus, & ſi quo facto lęditur, is læditur ſuo, non aūt vllo facto aduerſarii, aut vlla etiā neceſſaria abſentia vel probabili. Itaq; ſi qua eſt actio venditori ad reſciſſionem propoſita, neceſſe ſit hanc eſſe ordinariam & communem, ea vero ſit actio ex vendito.

Reſp. hoc, inquam, non obſtat: Reſtitutio enim datur non ſolum propter ætatem, abſentiam, dolum vel metum, quo quis damnum paſſus eſt, ſed etiam propter errorem, per quem in captionem incidit: Sic enim in *l. 1. & 2. ff. de in integrum reſtitutione* ICtus ſcribit: Sub hoc titulo plurifariam hominibus vel lapſis, vel circumſcriptis ſubuenit, ſive metu, ſive calliditate, ſiue ætate, ſiue abſentia inciderunt in captionem, ſiue per ſtatus mutationem aut juſtum errorem. Atqui is, qui ignorans rei precium minoris rem vendit, cum plus valeret, aut contra pluris emeret, cum minus valeret, juſto errore & ignorantia in captionem incidit. Itaque huic per in in-

tegrum reſtitutionem ſuccurritur.

Quin nec ideo enormiter læſo actione empti ſuccurritur & emptio reſoluitur, quia in caſu *dict.l.2.* emptio venditio non ſolum perfecta, ſed & completa erat, res enim erat tradita & precium ſolutum; adeoque ſolutione eius, quod debebatur, vtrinque facta, obligatio emptionis venditionis diſſoluta & ſublata erat: Hinc itaque actio empti & venditi competere non poteſt.

Qu. 40. *An beneficium L. 2. C. de reſcind. vẽdit. etiam ad emptorem ſpectet?*

In *d.l.2.C.de reſcind.vendit.* Venditori, in contractu venditionis læſo & circumſcripto, conſuli & ſuccurri, expeditum eſt: Sic enim illic cavetur, vt ſi minoris vendiderit fundum, tum aut reſtituto precio rem ſuam recipiat, atq; ita contractum reſcindat, aut vero id, quod iuſto deeſt precio, accipiat: Hoc vero, vtrum ad emptorem quoque extendendum ſit, ſic, vt ſi pluris rem emerit, atq; in precio circumuentus vltra dimidium iuſti precij fuerit, aut quod plus æquo dedit recipere, aut ab emptione diſcedere, & re reſtituta, precium ſuum recipere poſſit?

Multi ſunt, iique eruditiſſimi ICti, qui ſtatuunt beneficium *l. 2.* ad ſolum venditorem, quo de loquitur, reſtringendum, ad emptorem vero minime extendendum eſſe.

1. Quia conſtitutio iſtius *l.2.* expreſſe loquitur de venditore, de eoque nominatim atque in ſpecie concepta eſt: At ſi ad emptorem æque ſpectare eam voluiſſent Imperatores, proculdubio emptorem quoq; complexi fuiſſent.

2. Accedit, quod diuerſiſſima ratio ſit, quoad præſens negotium, emptoris & venditoris, quia venditorem plerumque neceſſitas rei familiaris compellit vendere precio minori *l.2.l. 12. Cod. de rei vind.* Emptor vero vltro ad emptionem accedit, ſæpe fraudandi cauſa, vt plurimum vero lucri gratia, plerunque etiam precio immenſo & immodico emit vel affectione, vel propter opportunitatem vel vicinitatem rei.

Pro contraria opinione quod beneficium *d.l.2. C. de reſcind. vendit.* non minus ad emptorem, quam ad venditorem ſpectet, hæc videntur facere iuris fundamenta.

1. Primo certum eſt ac expeditum, quod emptor & venditor ſint correlata ſibique correlatiue opponantur: At correlatorum hæc eſt conditio & natura, vt quod iuris ſtatuitur in vno, idem quoq; ſtatuatur in altero.

2. Deinde, ſicut vtriſque æqualiter permittitur ſe inuicem circumuenire *l. 16. §.4. Digeſt. de minorib. l.22. §.1. Digeſt. de locat.* ita in his, in quibus circumſcriptionis ratione obuenitur, æqualis erit vtriuſque ratio.

3. Accedit denique quod beneficium iſtud non ſit perſonale, ſed venditori idcirco tributum, quod is læſus fuerit & enormiter circumſcriptus; ac proinde æquitas poſtulet ac humanitatis ratio ſuadeat, ei ſubueniri.

Nec huic ſententiæ aduerſatur, quod *dict. l. 2.* de venditore ſolo concepta ſit, nullam vero emptoris mentionem faciat.

Reſp. ad hoc enim reſpondeo, propterea quod *d. l. 2.* Conſtitutio de venditore concepta eſt, emptorem minime excludi, ſed exinde potius colligi, quod in emptore quoque idem iuris recipiendum & admittendum ſit; cum, vt paulo ſupra dictum eſt, correlatorum eadem ſit ratio, natura & conditio: Cur autem Impp. ſolum venditoris mentionem fecerint, ratio eſt, quod ad propoſitam ſibi conſultationem factique ſpeciem ſe accommodantes, de venditore ſolum de quo conſulti & quæſiti fuerant, reſpondere voluerint, id quod in legibus Codicis, plerumq; ad propoſitam Conſultationem accommodatis, frequentiſſimum eſt.

Sic

Digitized by Google

Sic nec ſecundum quicquam obſtat: Quis enim ignorat, venditorem non neceſſitate compulſum, ſed ſpe lucri alicuius allectum ad venditionem rerum ſuarum venire: Quinimo ſæpiſſime & vt plurimum emptorem ſumma neceſſitate coactum, rerumque indigentia & egeſtate adductum ad vendendum accedere, vt proinde par ſit vtriusque ratio; emptoris & venditoris; ac proinde idem in vtroque ius conſtituendum ſit.

Qu. 41. *Quidnam per iuſtum precium ad quod emptore venditori ſupplendum obligatus eſt, teneatur?*

Ex hactenus dictis liquet ex *L. 2. C. de reſcind. vendit.* venditorem vel ad reſcindendum contractum reſtituendamque rem venditam agere poſſe, vel ad ſupplendum id quod iuſto precio deeſt. Hinc itaque quæritur iuſtum precium quodnam hoc loco dicatur?

Et quidem Franciſc. Connanus ſtatuit iuſtum precium hic accipiendum eſſe dimidium veri precii, vt ſi emptor ſupplere velit venditori quod dimidio precio deeſt, illi ſatisfiat, & emptor liberetur, vtputa fundus dignus viginti venditus eſt ſolum novem atque ita minoris dimidia veri precii, exiſtimat Connanus ſatisfieri venditori, ſi emptor vnum aureum ſuppleat; Nam eo ſuppleto efficiuntur decem, quæ eſt dimidia veri precii: Hæc autem dimidia ex ſententia illorum iuſtum eſt precium.

Hæc vera ſententia comprobatur ſequentibus argumentis: 1. Iuſtum in vſu iuris vtplurimum ſignificat idem quod legitimum vt cum nuptiæ dicuntur iuſtæ *pr. I. de nupt.* pactum dicitur iuſtum *in l. In epiſtola. §. 1. ff. de pact.* item iuſta hereditas *l. 3. §. penult. ff. pro ſocio.* Igitur & hic iuſtum precium idem dicitur quod precium legitimum: Legitimum autem precium hoc loco non aliud intelligi poteſt quam dimidium veri precii, quia, dimidio veri precii ſoluto, emptio iure conſiſtit, nec reſcindi poteſt *dict. l. 2. & l. ſi voluntate Cod. de reſcind. vendit.*

Accedit deinceps huic & iſtà ratio, quod, ſi emptor ab initio emptionis dimidium veri precii ſolueret, non reſcinderetur venditio. Ergo & ſi contracta emptione dimidium offerat, non reſcindetur, quia non debet, contracta emptione, deteriore conditione eſſe, quam ab initio; item quia iuſtum, quod ab initio fuit, non variatur temporibus, quin & poſtea iuſtum ſit, ſpecioſa profecto hæc ſunt argumenta, ſed verior tamen videtur Donelli & aliorum ſententia ſtatuentium iuſtum precium hoc loco accipi debere verum precium & quanti res valet.

Item in vſu iuris iuſtum precium eſt, quanti res valet *l. fundus. 15. §. vlt. ff. de pignoribus. l. ſi res. 12. §. 1. ff. de iure dot.* ab hac igitur recepta & genuina ſignificatione recedendum non videtur. *l. Non aliter. ff. de legat. 3.*

Adhæc quod precium *in d. l. 2.* dicitur verum. Id *in d. l. ſi voluntate. C. eod.* dicitur Iuſtum. In *d. l. 2.* ſcriptum eſt venditionem reſcindi, ſi nec dimidia veri precii ſoluta ſit: in *d. l. ſi voluntate* dicitur reſcindi venditionem ſi nec dimidia iuſti precii ſoluta ſit: Quocirca etſi alias iuſtum idem ſignificet quod legitimum; hic tamen non idem denotat, ſed verum precium ſignificat.

Non obſtat etiam altera ratio Connani: Negatur enim verum eſſe quod idem tribuendum ſit emptori, contracta emptione, quod initio emptionis tribueretur. Nec abſurdum eſt id, quod initio iuſtum fuit, circumſtantiis temporis mutatis, iniuſtum fieri: Etenim ab initio, nondum emptione contracta, emptor nihil venditori debuit, nec ipſi obligatus fuit & ideo iure ſuo potuit rem emere, quanti voluit, etiam multo minoris vero precio, dummodo non infra dimidiam veri precii: At contracta emptione,

vti rem emit minoris dimidia juſti precij prior ratio commutatur: Nam ex hac lege incipit venditori debere rei reſtitutionem: Hanc cum venditori debeat, non poteſt recuſare, quin reddat, niſi velit emere vel emptum retinere conditionibus venditoris iuſtis, id eſt vt rem retineat vero precio emptam.

Præter hoc tamen legis ſecundæ aliud proditum eſt remedium *l.3.C.Commu. vtriuſq;* qua cautum eſt vt ſi in contractu quocunque interuenerit aliqua læſio, eſt inæqualitas, tum iſta inæqualitas ad æqualitatē reducatur, ſalvo manente & ſubſiſtente contractu; id quod bona fides, quæ in contractibus bonæ fidei dominatur, ſuadet: Hæc enim præcipit vt alter contrahentium alteri id præſtet, quod ei præſtari æquum & bonum eſt §.31. *I. de Act.* Atqui æquum & bonum eſt inæqualitatem omnem tolli & quod pretio iuſto deeſt, ſuppleri.

## *RESOLVTIO THESIS DECIMÆ.*

*Lit. A.* Qu. 42. *An in venditione rei mobilis locū habeat l. 2. C. de reſcind. vend.*

IN venditione rerum immobilium locum habere beneficium *d. l. 2. Cod. de reſcind.vendit.* explorati juris eſt, de vendito enim fundo loquitur nominatim & expreſſe ea L.2. Numquid igitur etiam ad rei mobilis venditionem porrigi iſtud beneficium debeat, ſcrupulo non omnino caret.

Cuiacius enim in locis ab Autore allegatis ſtatuit, pertinere illud ad res duntaxat immobiles, nec produci ad res mobiles vlla ratione poſſe, niſi fortaſſis res ſint admodum precioſæ; movetur autem hanc in ſententiam hiſce fundamentis.

1. Quod lex iſta concepta eſt nominatim & expreſſe de fundo, quia res eſt immobilis, quodque & in cæteris legibus de venditionis reſciſſione agentibus, veluti in *l.ſi voluntate.8.& l.15.C.de reſcindend. vendit.* fundi ſolummodo mentio fiat, hoc ajunt ſatis euincere quod beneficium iſtud *d.l.2.* ad venditionem rerum duntaxat immobilium pertineat: Si enim æque in rebus mobilibus obtinet, ad quid rerum immobilium in ſpecie atque nominatim mentionem fieri attinuit?

2. Deinde res ajunt mobiles viles ſunt & abjectæ *l.ſi rem mobilem & ibi Gloſſ. ff.de acquir. poſſ.* illarum itaque rationem habere venditionesque ſuper illis propter læſionem venditoris reſcindere noluerunt Imperatores: cum nec alias rerum, quæ non magni ſunt momenti cura habentur, maxime ſi de contractibus reſcindendis & retractandis quæſtio ſit *l.4.ff. de reſtit.in integr. l.54.ff. de contrahend. empt.l.10.cum ſequentibus.ff.de dolo malo.*

Sed neutra ratio vllius eſt prægnantiæ; nec ponderis ejus vt Cujacij ſententiam ſuſtinere valeat: Quin igitur ſic potius ſtatuendum eſt, beneficium *d. l. 2.* non minus in rebus mobilibus, quam in immobilibus venditis locum habere.

Etenim rationem, ob quam in fundo vendito illi beneficio locus attribuitur, dubium non eſt militare etiam in rebus mobilibus: Nec poteſt etiam vlla diuerſitatis & differentiæ ratio inter res mobiles & immobiles, quoad præſens negotium, dari.

2. Præterea Impp. Dioclet. & Maximin. *in d.l.2.* Rei faciunt mentionem, *Rem maioris precii, inquiunt, ſi tu vel pater tuus minoris diſtraxerit.* Rei autem appellatione non minus res mobiles atque immobiles veniunt.

Reſpondet quidem Cujacius per rem ibi Impp. intelligere rem immobilem, quia eam rem, cujus initio meminerunt, poſtea appellant fundum.

Sed recte inſtat Robertus appellatione fundi illic res mobiles nequaquam excludi: ſicut eo quod Vlpianus cum *in l.1.ff.de evict.* generaliter dixiſſet, ſiue tota res

res euincatur, ſiue ejus pars emptori regreſſum aduerſus venditorem dari, ac deinde fundi ſiue agri mentionem ſubijcit, res mobiles non excludit: Et ſicut quando *in l. empti fides. 9. C. de act. empt.* ab eo quod generaliter propoſitum eſſet in rei traditæ poſſeſſione, ſubjecta prædii mentio non excludit res mobiles: ita quoq; cum in principio *d. l. 2.* mentio rei generaliter eſſet facta, poſtea vero ſolius fundi Impp. meminerunt, non cenſentur res mobiles excludere voluiſſe: Quod ſi vero de ratione quæritur, ob quam de ſolo fundo reſcribunt Impp. reſpondet Robert. Exempli tantum gratia id factum fuiſſe: Addam ego & iſtam rationem, quod facti ſpecies, ad quam reſpondendo Imperat. ſeſe accommodant, de fundo fuerit concepta.

Quod ſi Cuiacius de aliis rebus, quam quarum *in ea l. 2.* expreſſe & nominatim fit mentio, non vult reſcriptum intelligi, ſequetur quod nec de aliis rebus, quam de fundo accipi poſſit, adeoq; ad ædes & res conſimiles alias immobiles extendi nequaquam valeat: Ad hoc igitur abſurdum euitandum, nolens volens admittere cogitur Cujacius, fundi illic exempli dunxat gratia mentionem eſſe factam. Et vbi quæſo rerum mobilium pretioſarum ad quas beneficium *d. l. 2.* ſpectare ipſemet contendit Cuiacius, eo in reſcripto mentio eſt facta?

Ex hiſce proinde fundamentis nemini poteſt eſſe obſcurum quod prædictum *l. 2.* remedium ſit generale & ad venditionem tam mobilium rerum, quam immobilium ſpectet.

Non obſtat *primum* Cuiacij argumentum ad illud enim reſponſum & ratio reddita fuit quare *in ea l. 2.* fundi expreſſa mentio ſit facta.

Minus refragatur argumentum *ſecundum* quod enim res mobiles non habeantur pro rebus vilibus & abiectis aperte probat *l. 22. C. de adminiſtrat. tutor.* & ſane multæ ſunt res mobiles quæ precio immobiles vincunt. Nec contrarium probat *d. l. ſi rem mobilem. ff. de acquir. poſſ.* ſiquidem ibi non hoc dicitur ꝙ rerum mobilium ſit vilis & abiecta conditio: ſed aſſeritur rerum mobilium neglectam & omiſſam cuſtodiam, quamuis eas nemo alius inuaſerit, veteris poſſeſſionis damnum adferre conſueuiſſe; ex quibus verbis colligi non poteſt, rerum mobilium poſſeſſionem eſſe vilem aut contemptibilem aut viliorem abiectioremque eſſe poſſeſſione immobilium: Verum eo ſpectat ſententia iſta ICti vt indicet diſcrimē iſtud vtrarumq; rerum poſſeſſionis, quo ob immobilium fixam & eodem in loco perpetuo ſtabilem naturam ea poſſeſſio, quæ animi eſt certius firmiusq; iis applicetur & hæreat: Quo fiat vt eo ſolo quod neglecta earum cuſtodia abſimus, etiamſi longius peregre profecti fuerimus niſi vel factum aliquod interuenerit, quo nobis ille poſſidendi animus excutiatur, vel ipſi conſtituerimus nolle poſſidere, eam ſemel apprehenſam minime amittamus, quantumuis ea res ab alio occupata fuerit *l. 6. §. vlt. cum l. ſeq. & l. 17. §. vlt. ff. de acqui. poſſ.* cum mobilium rerum poſſeſſionem amittamus eo ſolo, ꝙ ab alio appræhenſę ſunt, atq; etiam in multis eo ſolo, quod extra cuſtodiam & conſpectum noſtrum ſunt ob inſtabilem minimeq; hærentem earum naturam, qua fit vt non ita his, vt illis animo inſiſtere & animi cogitationē certo infigere queamus, quo & difficilius earum poſſeſſionem retinemus & facilius amittimus. Robert. d. loco.

Si venditioni ſtipulatio, qua quis ſeruare contractum emptionis-venditionis eundemq; adimplere promiſit, ſubjecta fuerit, dubitare nō licet quod læſo ex iſto contractu enormiter, adhuc ſaluum ſit iſtius l. 2. beneficium. Siquidem ſtipulatio ex eodē errore procedere intelligitur ex quo principalis conuentio; Non igitur maiorum erit virium quam ipſa emptio-



Digitized by Google

venditio. *Deinde* eo tempore quo ſtipulatio iſta interponebatur de enormi iſta lęſione cogitatum non fuit, ideo mens & intentio, ſtipulationem iſtam interponẽtium, iſta non fuit ꝙ beneficium *d.l.2.* excludere voluerint: At vltra intentionem agentium actus nil operari ſolet. *Tertio* quia nemo pręſumitur beneficio iſto renunciaſſe, maxime ſi de eo ſibi competẽte non conſtiterit. Quod ſi tamen læſus, poſtquam de læſione enormi certior eſt redditus, ſtipulatione, nihilominus promiſerit contractum obſeruare vel adimplere, fortaſſis probabilius dici poſſet eum excludi à beneficio *d.l.2.*

Qu. 43. *An locũ habeat in venditione decreto iudicis facta?*

De eo maxima eſt inter Dd. controuerſia, vtrumne emptio venditio ex decreto prætoris facta propter enormem læſionem reſcindi poſſit.

Negatiua placet noſtro Authori eaq; etiã cõmuniter videtur Dd. calculo eſſe approbata: Nititur aũt ſequẽtib. rationib.

1. Interpoſito, inquiũt, decreto omnia cenſentur rite ſolenniterq; geſta & peracta *l.1.C. de præd.decurion.* Non igitur poteſt venditio ex decreto iudicis facta propter enormem læſionem reſcindi.

2. Confirmatis ſubhaſtationibus per iudicis decretum, nullus de earũ virib. & nullitate quęrendi locus eſſe poteſt debitori, ſed cogitur debitor, ſi decretũ ab inferiori aliquo magiſtratu interpoſitũ eſt, appellare, vel ſi a ſupremo magiſtratu, à quo appellare non licet, per viam ſupplicationis, vt vocant, ſibi proſpicere Anton. Fab. 10. *Error. pragmat.* 7.

Sed, hiſce rationibus non obſtantibus exiſtimo contrariam ſententiam, quod nempe venditio ex decreto prætoris facta, ex cauſa enormiſſimę lęſionis reſcindi poſſit, veriorem eſſe iudico, eaq; cõfirmatur 1. per textum *in l.ſi quos.16.C.de reſc. vend.* vbi Impp. *Si quos debitorũ mole depreſſos neceſſitas publicæ rationis adſtringat proprias diſtrahere facultates, rei qualitas & redituũ quantitas æſtimetur, nec ſub nomine ſubhaſtationis publicæ locus fraudibus relinquatur, vt poſſeſſionib. viliori precio diſtractis, plus exactor ex gratia, quam debitor ex precio conſequatur. Hi poſtremo ſub empti titulo perpetuo dominii iure potiantur qui tantum adnumerant fiſco quantum exegerit vtilitas privatorum.* Ecce hic venditiones, ſub haſta factæ, & decreto iudicis confirmatæ dicuntur reſcindi propter læſionem venditoris enormiſſimam.

2. Idem etiam comprobatur *l. 1.C. de præſcr.30.vel 40.annorum*; quæ ita habet. *Cum adſeueres, te abſente, eos, qui oculos prædiis tuis impoſuerunt, operam dediſſe vt annonariæ collationis prætextu, vili precio ab officio præſidali prædia tua diſtraherentur, ſi legitimi temporis ſpacium ex venditionis die fluxit, qui prouinciam regit, inter vos cognoſcet, & quod publico iure præſcriptum eſt, ſtatuet. Sin autem nõdum ex die publico venditionis legitimum tempus tranſmiſſum ſit, iudex examinatis allegationibus tuis, quod rei qualitas dictauerit, ſequetur, non ignarus ſi iniuſtam eſſe emptionem perſpexerit, precium quod pro vitioſo contractu datum eſt, ſecundum principalium ſtatutorum tenorem malæ fidei emptorib. reſtitui non oportere.*

3. Corroborat inſuper eandem hanc ſententiam etiam hæc ratio; quod minor aduerſus venditionem ſit reſtituendus & per reſtitutionem in integrum reſcindenda veniat venditio, in qua læſus eſt *l.ſi quidem, C.de præd.minor.* Atqui venditio rerum minorum non procedit *d. l. ſi quidem.& tot.tit.de præd.minor.tot.tit.ff.de reb.eorum.* Igitur reſcinduntur quoq; ob læſionem venditiones, decreto iudicum factæ.

4. Idem probatur & iſta ratione: Eccleſia vltra dimidium læſa in contractu habet actionem ad illum contractum reſcindendum *c. cum dilecti.c. cum cauſa. de empt.vendit.* & tamen id intelligi oportet de venditione facta ſolennibus iuris, adhibitis, alioquin non valeret *tot.tit.de Reb. Eccleſ. non alienand.* Idem proinde ſtatuendum

Digitized by Google

endum in aliis contractibus, etiam ſolenniter factis & cum iudicis authoritate.

5. Deniq; pro eadem aſſertione facit non minus quod judicis decretum hoc operatur vt contractus præſumatur rite & recte celebratus: Hæc autem præſumptio cedere debeat veritati; Conſequenter, ſi apparet de læſione & iniuſtitia, ceſſare debet iſta preſumptio & decreti efficacia *l. Magis puto. §. penul. ff. de reb. eor.*

Huic ſententiæ veriſſimæ non repugnant quæ pro Authoris & Mynſingeri opinione ſunt adducta. *Ad primũ* enim, ex *l. 1. C. de prædiis decur.* petitum, reſpondet Andr. Fachin. 2. *Controuerſ.* 20. eum legem hoc duntaxat probare quod venditor in caſu præſenti allegare non poſſit ſe vel metu coactum, vel inſidiis emptoris circumuentum vendidiſſe ſed nullum verbulum de læſione vltra dimidium iuſti precii addi quod ſcilicet de illa conqueri non poſſit.

Antonius Faber in loco ſupra citato reſpondet, Decretum iudicis hoc quidẽ operari vt emptio venditio rite atq; ſolenniter facta cenſeatur, propter rei iudicatæ authoritatem, verum ex eo inferri non poſſe quod propter enormiſſimam læſionem reſcindi non poſſit; quandoquidem ex hac cauſa reſcindi ſoleant vẽditiones iure perfectæ & quam ſolenniſſime factæ; immo illæ duntaxat venditiones reſcindi poſſint, quæ rite & iure perfectæ ſunt, quæque iure ſubſiſtunt, non vero iure non valent; hæ enim reſciſſione nulla indigent.

Qu. 44. *An Locus ſit beneficio d. l. 2. quando res perit culpa emptoris?*

Hoc etiam dubio & controuerſia non caret, vtrum, re vendita perempta, circa cuius precium læſio contigerat, adhuc venditor agere poſſit ad precii ſupplementum?

Et quidem ſi res emptoris culpa perierit, dubitare non licet quin venditori adhuc contra emptorem detur, non minus atque ſi res extaret; culpa ſiquidem perpetuat obligationem & facit vt res quæ periit adhuc extare videatur *l. ſi ex legati cauſa. l. ſi ſeruum §. ſequitur. l. Nemo rem. §. 1. ff. de Verbor. Obligat.* Quod ſi res caſu periit, quem nulla culpa aut mora emptoris præceſſit, liberatur à rei præſtatione & reſtitutione emptor *l. ſi ex legati ff. de Verbor. Obligat. l. quod te. ff. de reb. cred. ſi cert. pet. l. quæ fortuitis. Cod. de pign. act. l. 23. ff. de Reg. Iur.* idque dubium plane nullum habet: Sed anne teneatur ad ſupplementum precii, quæſtionis eſt?

Et dicendum videtur emptorem à ſuppletione eius, quod iuſto deeſt pretio, interitu rei emptæ non liberari: Nam quotiens duo alternatiue ſunt in obligatione, totiens vno illorum perempto, alterum adhuc debetur, nec à præſtatione eius liberatur debitor interitu illius. *l. 2. §. Scæuola. ff. de eo quod certo loc. l. Stichum. pr. Digeſt. de Solutionibus.* Iam vero, præſenti caſu duo ſunt in obligatione, ad quæ emptor venditori, enormiſſime læſo alternatiue obligatur, reſtitutio videlicet rei venditæ & ſuppletio precii, *l. 2. C. de reſcind. vendit.* vbi dicitur quod debeat emptor, qui venditorem in precio circumſcripſit, vel rem reſtituere, vel precium ſupplere, Igitur re nunc caſu fortuito perempta, tenetur emptor adhuc precium ſupplere.

Cæterum contraria ſententia, quod nec ad precii ſuppletionem obligatus ſit emptor quando res caſu fortuito periit communi Dd. Calculo recepta & approbata eſt, teſte Couarruu. *lib. 2. variar. reſolut. c. 4. num. 13. & 14.* Eamque etiam ſequitur & confirmat Hugo Donell. ad *d. l. 2. C. de reſcind. vendit.*

1. Quia quotiens accidit vt vnum duntaxat ſit in obligatione, totiens eo, caſu fortuito, ſine debitoris culpa perempto, alterum quod in ſolutione duntaxat eſt peti & exigi à debitore non poteſt:

Atqui quando enormiter læſus eſt venditor, tunc in obligatione, qua emptor ex enormiſſima iſta læſione venditori obligatur, non ſunt duo alternatiue, reſtitutio videlicet rei & precij ſuppletio, ſed unū duntaxat reſtitutio nempe rei, ſuppletio autem precij duntaxat eſt in ſolutione: Igitur, re caſu fortuito perempta, obligatio extinguitur nec ad precij ſuppletionem agere poteſt venditor.

Aſſumptionem quod nempe ſuppletio precij non ſit in obligatione, ſed duntaxat in ſolutione hiſce rationibus probatur. 1. beneficium *l.2.C.de reſcind. vendit.* tribuitur ad reſcindendam venditionem *l.ſi voluntate. Cod.de reſcind.vendit.* At venditio non reſcinditur, niſi hoc modo cum venditor precium reddit & rem ſuam recipit, quæ illi reddi debet *l. quod ſi minor.24. §. Reſtitutio.ff. de minor.* 2. comprobat hoc ipſum quoque ipſe textus *d. l.2.* Nam ibi clare ſignificant Impp. quod emtor obligatus duntaxat ſit ad rei reſtitutionem, precij vero ſuppletionem ex obligatione contracta non habeat: *in verb. humanum eſt vt vel precium te reſtituente emptoribus fundum recipias auctoritate iudicis intercedente, vel ſi emptor elegerit, quod deeſt iuſto precio, recipias.* 3. Et quod facultatem ſupplendi pretii ex obligatione non habeat emptor, ſed ab hac L. 2. accipiat, evincit *d.l. ſi voluntate. in fin. Cod. eod.* vbi hæc verba ſunt: *Electione iam emptori præſtita ſeruanda*: Hæc electio, inquit Donellus, præſtita eſt ex hac lege 2. Hoc autem ipſum certum argumentum eſt, ſolam reſtitutionem rei eſſe in obligatione: Nam quoties pro re, quæ debetur, tribuitur lege facultas alterius rei præſtandæ, toties intelligitur in obligatione ſola res ea pro qua alterius rei electio tribuitur *l. Miles. 6. §. 1. ff. de Rei vindicat.* Igitur re vendita caſu extincta, ſic emptor liberatur vt nec precium iuſtum ſupplere teneatur.

2. Inſuper hoc idem probatur & hac ratione, quod vbi quantitas debetur ratione & reſpectu certæ ſpeciei, quæ ſi extaret, invito creditori à debitore tradi poſſet loco illius quantitatis, perempta ea ſpecie, debitor liber ſit à quantitatis ſolutione, precium autem in præſenti quæſtione debetur ab emptore vẽditori ratione ipſius rei, tanquã eius vera & iuſta æſtimatio compenſatioue poteratq; emptor, ſi res extaret, eum tradendo venditori, eximi à ſolutione precij: Ergo ea perempta à precii ſupplemento eximitur.

Mihi in hac Dd. concertatione & pugna, priori opinioni ſubſcribendum cenſeo propter textum rotundum & clarum *in d.l.2.Cod. de Reſcind. vendit.* vbi ſignificatur ad duo obligatum eſſe ex *d. l. 2.* emptorem, alternatiue tamen, ſic vt penes ipſum electio ſit, vtrum præſtare malit: Verba quippe alternatiue ſunt concepta: *Humanum eſt vt vel precium te reſtituente emptoribus, fundum venundatum recipias, vel, ſi emptor elegerit, quod deeſt iuſto precio recipias*: Hic eodem plane modo venditori tribuitur ius ſupplementum iuſti precij recipiendi, quo ei conceditur ius rem venditam recipiendi: Atqui ius hoc ex obligatione habet, Ergo & illud conſimiliter ex obligatione habebit. Et quod probe obſeruandum, verba non ad emptorem, tanquam debitorem, ſed ad venditorem ſiue creditorem diriguntur ipſique ius vtrumque recipiendi tribuitur, reſeruata tamen emptori electione: Iam vero ſi ſuppletio pretij non eſſet in obligatione ac petitione, ſed duntaxat in ſolutione, verba non ad venditorem, ſed ad emptorem referrentur.

Non moveor quod beneficium *d. l. 2.* pertineat ad emptionis contractum reſcindendum. Nam non ſimpliciter, pure & abſolute Imperatorum iſta conſtitutio ad venditionem reſcindendam pertinet, ſed ſub conditione, *niſi iuſtum precium:*

Digitized by Google

*precium emptor ſupplere velit*: vel obligatur emptor ex d. l. 2. ad reſcindendum contractum emptionis, ſed alternatiue, ita vt vel à contractu diſcedere cogatur, vel iuſtum precium ſupplere compellatur.

Minus patrocinatur Donello *d. l. ſi voluntate*. In ea quippe hoc ſolummodo dicitur, electionem reſeruatam eſſe & præſtitam emptori: At hinc perperam infertur, quod emptori ex *d. l. 2.* præſtita ſit facultas precium ſupplendi, eademque ex obligatione non deſcendat: Nec magis exinde colligi poteſt atque hoc, quod facultas rem reſtituendi ex lege & non ex obligatione deſcendat; ſiquidem electio iſta, de qua loquitur *d. l. ſi voluntate*. non minus ad reſtitutionem rei emptę, quam ad ſuppletionem pretij pertinet. Non magis aduerſatur *ſecundum* argumentum: Nam ad illud bene reſpondet Panthaleon Cremenſis *d. l. 2. col. 59. C. de reſc. vendi.* precij ſupplementum non deberi ratione rei peremptæ, ſed ratione læſionis, quæ ante rem peremptam circa precium contigit. Relinquitur proinde veriſſimam eſſe ſententiam priorem, quod etſi caſu perierit res empta, nihilominus tamen ad precij ſupplementum actionem venditori ſupereſſe.

Idem dicendum eſt ex parte emptoris, ſi læſio contigerit: tunc enim, re caſu perempta, venditor emptori id, quod plus iuſto precio accepit, reſtituet, ac iuſtum duntaxat precium retinebit, ne emptor ius, quod habebat, amittat ex caſu, in quo culpa caret. Maxime cum hoc caſu emptor de damno vitando: venditor autem de lucro captando certet.

*Lit. C. & D.* *Qu. 45.* *Quomodo læſio probetur?* Deceptionem probandam eſſe ab eo, qui deceptum ſe aſſerit, dubium non eſt: Cum enim læſio ſit facti, & in facto conſiſtat, ideo non ſufficit eam allegari, ſed probari oportet. *leg. 5. ff. de probationibus.*

Probatur autem regulariter per teſtes de valore, ſiue æſtimatione rei, circa quã læſio contigit, deponentes, quænam autem & cuius temporis æſtimatio per teſtes probanda ſit, vt de læſione iudici conſtet, quæritur; Et circa hanc quæſtionem Doctorum ſententiæ mire variant: Nam Bartolus & Baldus ad *l. 2. Cod. de reſcind. vendit.* ſtatuunt iudicem debere cogere partes, vt eligant aliquot arbitros, ſiue æſtimatores, qui rem æſtiment ex tempore præſenti, & quanti valent eo tempore, quo læſio & circumuentio allegatur, quoque emptionis reſciſſio vel precij ſuppletio petitur; qui æſtimatores ſi de precio conuenire nequeant circa rei precium, tunc debere partes eligere tertium, **einen Obmann**/cuius æſtimationi ſtandum ſit; ita tamen vt ratio habeatur conſuetudinis loci, qualitatis rei & quantitatis redituum.

Sed hanc ſententiam reprobat Angelus, propterea, quia æſtimatores illi non æſtimarẽt rem ex tempore præſenti, & quanti nunc valet, cum de venditione, ob læſionem reſcindenda, quæritur, ſed ad præteriti temporis æſtimationem, qua res fuit cum venderetur, reſpicerent, id quod abſurdum foret, quia rerum precia tempore augeri & minui poſſunt.

Deinde & ideo per æſtimatores læſionis quantitatem non determinandam eſſe, Sichardus ſtatuit, quia æſtimatio fieri debet ex tempore contractus: Hoc autem tempus æſtimatores inſpicere nequeant.

Adducit præterea & hanc rationem Gloſſa, quod non ideo, quod duo, tres aut quatuor dicunt ſe velle domum tanti emiſſe, ideo verus rei valor ſit probatus, cum illi poſſint rem æſtimare pluris propter priuatam affectionem, vt quia res fuit ipſorum parentum, vel quia ipſi ſunt vicini, & interſit ipſorum continuare domos; precia autem rerum communi æſtimatione, non pro ſingulari affectu æſtimari ſolent. *leg. precia. ff. ad Legem*

*Falcidiam l. ſi ſeruum meum. ff. ad Legem Aquiliam.*

Hinc Gloſſa opinatur, conſultum eſſe, vt iudex pro rei qualitate, item redituum quantitate, & ex conditione locorum, vbi res eſt ſita, verum precium conſtituat.

Et hanc Gloſſam notabilem dicit Sichardus, iudicem tamen ſatis in incerto huiuſmodi æſtimatio relinqueret, quia fieri poſſet, vt duo agri contigui diuerſæ eſſent bonitatis.

Mihi, aliorum ſaluo iudicio, circa propoſitam quæſtionem, hoc modo ſtatuendum videtur, iudicem inquirere debere, quænam vera fuerit rei venditæ æſtimatio tempore initi contractus, & quo læſio contigiſſe dicitur; hoc autem ipſum facere oportere, vel per æſtimatores, vel per teſtes, de rei valore & precio deponentes.

Ex vera porrò æſtimatione de læſionis magnitudine & enormitate iudicium eſſe ferendum, probat ſupra adducta ratio, quod nempe precia rerum non ex affectione cuiuſque ſingulari, ſed ex communi æſtimatione fieri debeant. *dict. leg. precia rerum. & dict. leg. ſi ſeruum meum.* vnico iureiurando in litem excepto, quoad puniendam iniuſti detentoris contumaciam res vltra verum precium ex affectione actoris, ſiue iurantis æſtimatur.

Reducendum verò eſſe rei æſtimationem ad tempus contractus & factæ læſionis itidem expeditum eſt: ſiquidem propter commodum, quod rei poſt venditionem perfectam acceſſit, non poteſt dici læſus venditor, ſiquidem hoc ad vtilitatem & lucrum emptoris ſpectare debet. §. 3. *Inſtit. de empt. vendit.*

Sic etiam propter damnum, quod poſt venditionem in re vendita accidit læſus non poteſt dici emptor, nec propter illud reſciſſio emptionis-venditionis peti valet, quia & hoc damnum emptoris eſſe debet. *d.* §. 3.

Adde huic quod in contractu venditionis non poſſit dici læſus aut circumuentus, qui tempore contractus non eſt læſus, nec minus quàm dedit, accepit; ſed eam æſtimationem nactus eſt, qua tum temporis res reuera valebat, cum venderetur.

Denique expreſſe loquitur *dict. l.* 2. de re minoris vendita: At minoris vendita dici non poteſt res, quando eo precio eſt vendita, quo tempore contractus æſtimabatur.

Nec obſtat ratio Angeli, quod nempe tempore augeri vel minui poſſit precium rei.

Huius enim augmenti, vel diminutionis rationem non haberi, oſtendimus, & quod ad commodum, vel detrimentum emptoris iure ſpectare debeat.

Minus refragatur, quod negat Sichardus, ab æſtimatoribus fieri non poſſe æſtimationem ex tempore contractus: Nam cur fieri nequeat ex eo tempore, ratio ſane nulla penitus obſtare videtur; maxime cum non ita longo tempore, poſt initum contractum & læſionem factam de venditione reſcindenda quæratur, quandoquidem intra quadriennium hæc quæſtio moueri debet, vt mox dicemus.

Poſtremum Gloſſæ argumentum non admodum magni eſt ponderis: quandoquidem æſtimatores rei precium non ex ſua affectione ſingulari, ſed ex communi iudicio ſtatuere debere modò oſtendimus; Et cur ſuæ indulgerent affectioni, cum illorum proprium commodum in taxanda & æſtimanda re iſta plane non verſetur. Quin etiam tales facilè reperiri poſſunt æſtimatores, qui nullam plane ſingularem affectionem in rem iſtum habeant.

Denique admittendum non videtur, quod

quod Sichardus ait ex præſenti tempore æſtimationem fieri oportere, eò quod de præſenti tempore ſit pręſumptio ad præteritum; ita vt qualis res nunc eſt, talis etiam prius fuiſſe præſumatur, donec contrarium & mutatio fuerit probata: Præſumptio ſiquidem hæc non habet locum, quando non de qualitate, ſed de valore & æſtimatione, ſiue precio rerum quæritur, propter maximam æſtimationis rerum mutabilitatem & varietatem *l.23.C.de vſur.*

Vera proinde eſt Authoris noſtri ſententia, læſionem probandam eſſe per teſtes, ſiue per æſtimatores ad hoc peculiariter conſtitutos, & probandum eſſe ex vera rei æſtimatione, & ea quidem æſtimatione, quam habuit res tempore contractus.

*Lit.E.* De hoc etiam quæritur, vtrumne *d.l. 2.Codic. de reſcindend. vendit.* remedium ei detur, qui exploratum habuit rei precium, quique ſciuit, ſe rem quæ maioris valet, minoris vendere, vel rem minoris precij, maiori precio eme-
Qu.46. re? Et quidem prima fronte videbatur
*An bene-* dicendum prædictum *leg. 2. Codic. de re-*
*ficiũ hoc ſcindenda venditione.* illi duntaxat com-
*etiam illi* petere, qui precium rei ignorauit,
*detur, qui* cuique de læſione & circumuentione
*preciũ rei* ab initio non conſtitit; illi contra de-
*ignorarit?* negari, qui precium rei ſciuit, quique ſe lędi non ignorauit: Fundamenta huius ſententiæ ſunt iſta.

1. Vulgaris quippe regula eſt, quod volenti & conſentienti non fiat iniuria: Quocirca ſi quis ſciens verumque rei precium cognitum habens nihilominus eam, vel minoris vendit, vel maioris emit, non poterit quaſi ſibi iniuria facta de reſcindendo vel reſoluendo contractu agere.

2. Quæ ratio non prohibet res donare, & donatas in alios transferre, eadem quæque permittit res ſuas conſulto minoris vendere, aut alienas maioris emere, quia hactenus, quatenus ſciens ac conſulto res ſuas minoris vendit, aut alienas pluris emit, donare voluiſſe intelligitur.

3. Inſuper quicquid bona fide & conſenſu contrahentium geritur, illud non eſt reſcindendum, nec vlla ratione infirmandum altero contrahente inuito. *leg. 3. C. de reſcindenda vendit.* Atqui cum venditor ſciens precium rei; minoris eam vendit, bona fide & conſenſu emptio perficitur, proinde, tanquam iniqua, reſcindi nequit.

4. Addi præterea poteſt & iſta ratio, quod venditor ex *leg. 2. Codic. de reſcindenda venditione.* agens duo debeat in libello proponere, eaque probare:

Primò rem venditam eſſe minoris dimidia iuſti precij.

Secundò ſe errore iuſto lapſum vendidiſſe; idque per textum in *lege prima, Codic. ſi maior fact. alienat. rat. hab.* vbi ſi quis maior factus venditionem rei ſuæ, prius factam, ratam habuerit, placet eum admitti ad reſcindendum eum contractum venditionis, ſed ita, ſi duo concurrant, nempe ſi minoris res diſtracta ſit, & præterea ſi iuſto errore deceptus emptionem ratam habuerit.

Cæterum his rationibus nil quicquam motus ſtatuendum exiſtimo, venditorem, licet ſcientiam læſionis habuerit, non tamen propterea *d. l. 2.* beneficio vti prohiberi.

1. Primò enim Imperatores in *dicta lege ſecunda* indiſtincte & generaliter læſum venditorem hoc gaudere beneficio, vt vel ad reſcindendam venditionem, vel ad precii ſupplementum agere valeat.

At ſi de ignorante duntaxat venditore hoc intelligendum foret, dubio procul hoc Imperatores expreſſiſſent,

ſent, nec ita generaliter locuti fuiſſent.

2. Deinde in *d. l.* 2. beneficium iſtud ſub vnica hac conditione, *ſi maioris res precij minoris vendita fuerit*, conceditur; altera verò iſta conditio, *ſi læſionem ſiue precium rei venditor ignorarit*, alto ſilentio prætermitur. Quocirca ſi præfata conditio extiterit, & res maioris precij minori precio vendita fuerit, beneficium competet venditori, ſiue is ignorarit precium, ſiue ſciuerit, & ſiue de læſione ipſi conſtiterit, ſiue non conſtiterit.

3. Beneficia Principum, quoad eos, quibus tributa ſunt, non debent reſtringi, ſed ampliari potius & extendi. *leg. penultima. ff. de conſtitutione Principum.*

Igitur & hoc beneficium venditori tributum, non debet reſtringi ad venditorem ignorantem læſionem, ſiue verum rei venditæ precium; ſed porrigi & extendi etiam debet ad eum venditorem qui ſciuit valorem rei cuique de læſione ab initio contractus conſtitit.

4. Et ſanè, quamuis venditor ſciuerit verum precium rei venditæ, fieri tamen poteſt, vt vera neceſſitate coactus, rem vendiderit minoris, cum iuſtum precium ipſi noluerit emptor ſoluere: Quo caſu humanitas & æquitas, qua beneficium *d. l.* 2. nititur, ſuadent, venditori ſubueniri.

5. Denique enormiter & enormiſſimè læſus præſumitur cognitam habuiſſe læſionem, & ſciuiſſe in precio ſe circumueniri, remque ſuam pluris valuiſſe: Quin etiam quiſque præſumitur rei ſuæ precium & valorem nouiſſe. *leg. quisquis.* 15. *Cod. de reſcindend. vendit.* Et tamen quin etiam enormiſſimè læſo ex *dict. leg.* 2. *C. de reſcind. vendit.* ſubueniatur, dubitare non licet.

His planè non aduerſantur argumenta in contrarium ſupra allata. Nam *ad primum* reſpondetur: Tametſi, in propoſito caſu; ille, qui ſciens valorem, circumuentus eſt, propriè iniuriam non patiatur, iniquitatem tamen eum pati, quam emendari, & ad æquitatem reduci, non ſolum humanitas & æquitas, ſed bona fides etiam, quæ hoc in venditionis contractu dominatur, *leg.* 5. *Codic. de reſcindenda venditione.* omnino ſuadent *leg.* 3. *Codic. commun. vtriusque.*

Accedit quod cum neceſſitate ſumma vrgente, quis conueniri ſe in precio patitur, non cenſeatur in læſionem conſentire, & ſi conſentit, coactus tamen conſenſus eſt. *l.* 21. *ff. quod met. cauſa.* qualis conſenſus contractum ita non ſuſtinet, vt reſcindi nequeat. *tot. tit. ff. quod metus cauſa.* & aliàs nemo facile ſe patitur circumueniri, niſi cogatur neceſſitate.

*Ad ſecundum* argumentum reſponſio in promptu eſt: Nam in caſu noſtro venditionem, cum enormi læſione factam, non rectè comparari donationi, admodum perſpicuum eſt: Donatio ſiquidem fit nullo iure cogente: At venditio, qua quis rem ſuam, quæ pluris erat, minoris vendit, non niſi ſumma neceſſitate cogente fieri præſumitur, cum nemo præſumatur ſuum iactare & perdere voluiſſe: Quis enim, niſi ſumma & extrema coactus neceſſitate, rem minimo venderet precio? Quapropter cum à venditore, rei verum valorem ſciente, ex neceſſitate ita fiat diſtractio, vt læſionem ſentiat; in neceſſitate autem liberalitas in nemine præſumatur, idcirco nec hic venditor præſumetur emptori id, quo rem minoris vendidit, donare voluiſſe.

*Ad tertium* idem quod ad primum reſpondetur; Nullum hic eſſe verum ac proprium venditoris conſenſum, vt qui non ſponte ſua, ſed neceſſitate adductus, ad venditionem proceſſerit.

Et

Digitized by Google

Et quanquam conſenſus coactus etiam ſit conſenſus *l.21.ff.quod met. cauſ.* non tamen eſt conſenſus liber. Deinde hactenus ſaltem pro conſenſu habetur vt contractus ſubſiſtat, nec ipſo iure ſit nullus, verum reſcindatur poſtea & infirmetur.

*Ad Quartum & vltimum* reſpondeo negando quod venditor ex *l. 2. C. de reſcind. vendit.* agens cogatur in libello exprimere quod errore lapſus rem quæ maioris valebat, minoris vendiderit: Hoc enim neceſſarium non eſſe, ipſa *lege ſecunda, Codice de reſcind. vendition.* ſatis oſtendit: Nec obſtat adducta *lex prima.* Nam loquitur expreſſe in eo caſu, quo is, qui minorem in ætate circumuentus ac læſus erat, maior factus id ratificat: hæc ratihabitio, niſi ex errore profecta, facit ſuſtineri & valere actum, ſic vt nulla in integrum reſtitutione reſcindi aut infirmari queat. Ac in propoſito venditor venditionem iam tum perfectam de nouo non ratificauerat, quod, ſi feciſſet proculdubio ſe beneficio *d. leg. 2.* priuaſſet.

Lit. F. Queſt. 47. *Quandiu beneficium l. 2. C. de reſcind. vend. competat?*

Quandiu beneficium competat venditori, æque controuerſum eſt: Qui enim ſtatuunt ex *dicta lege ſecunda*, dari actionem empti-venditi, vel conditionem ex lege, illi aiunt durare beneficium iſtud ad triginta annos & longiſſimo demum tempore perinde vt cæteras actiones extingui *lege tertia, Codice de præſcript. 30. vel 40. annorum.* Qui per reſtitutionem in integrum ex hac *lege ſecunda*, venditionem reſcindi aiunt, quadriennio *dicta lege ſecunda*, beneficium præſcribi & extingui aſſerunt; reſtitutiones quippe in integrum, & eo nomine competentes actiones reſciſſoriæ, tanto tempore præſcribi, ſancitum & conſtitutum eſt in *lege vltima, Codice de tempor. in integr. reſtitut. lege quarta, Codice de his quæ vi metuve cauſ.* Adeoque vt apparet, deciſio huius quæſtionis dependet ex deciſione iſtius controuerſiæ, quæ ſupra de remedio *dictæ legis ſecundæ*, qualenam illud ſit? propoſita fuit: Statuimus vero illic neque eſſe actionem empti-venditi, neque eſſe conditionem ex lege, ſed reſtitutionem duntaxat in integrum: Cui ſententiæ & aſſertioni conſequens eſt, quod vltra quadriennium non duret.

## RESOLVTIO THESIS *Vndecimæ.*

Communis prope Doctorum opinio eſt, Beneficium *legis ſecundæ, Codice de reſcind. vendit.* non ad ſolam emptionem venditionem ſpectare, ſed eſſe beneficium aliis etiam contractibus, præſertim bonæ fidei commune: Adeo vt illud etiam vulgo ad diuiſiones extendant & porrigant; ſic vt ſi quis rei communis diuiſione enormiter fuerit læſus, & vltra dimidium eius quod ex diuiſione habere & accipere debebat circumuentus, tum remedio iſti ſit locus & integrum ſit læſo vel abire à diuiſione, vel ſupplementum petere. Lit. A. Queſt. 48. *An l. 2. etiã ad diuiſiones extendi debeat?*

Huius autem ſententiæ patroni mouentur inprimis per textum in *l. tertia, Codice com. vtriuſque.* vbi pronunciatur quod diuiſio vicem emptionis obtineat: Cui ſententiæ conſequens eſt, quod ſicut in contractu emptionis propter enormem læſionem licet à contractu diſcedere; ita quoque ei, qui in diuiſione læſus eſt, fas ſit diſcedere à diuiſione iſta, vel ad ſupplementum agere.

Hinc quæſtionem mouent, vtrumne *dicta lex ſecunda*, eiuſdemque beneficium ſibi locum vindicet in diuiſione per



Digitized by Google

ſiue per electionem vel ſortem facta; ita vt ſi duo fratres rem haberent communem & ſecundum loci conſuetudinem, maior diuideret, minor vero eligeret: *c.2.extr.de paroch.* Aut vero illis per ſortem partes facere remque diuidere placeret, & vnus in huiuſmodi diuiſionibus læderetur vltra dimidium eius quod alioquin habere debuiſſet, liceret læſo diſcedere à diuiſione vel ad ſupplementum eius, quod iure ipſi debetur, per diuiſionem vero abeſt, agere? Et ſane communis pragmaticorum ſchola & hoc aſſerendum videtur?.

Veruntamen contrariam ſententiam longe veriorem eſſe opinor. Quod enim *dict. leg. 2.* non poſſit nec debeat ad diuiſionem extendi, ex iis rationibus patefcet, quibus infra luculentiſſime demonſtrabitur quod nec ad locationem-conductionem porrigi queat.

Nec moueor *dict. lege prima*, *Codic. comm. vtriusque.* Nam comparatio iſta, quæ inter emptionem & diuiſionem prædiorum inſtituitur non in omnibus nec per omnia, ſed ſecundum quid duntaxat, procedit quocirca ex particulari iſta comparatione male infertur quod etiam quoad beneficium *dict. leg. ſecund.* diuiſio emptionis vicem obtineat. Deinceps iſta comparatio in illis duntaxat locum ſortitur, quæ ex natura emptionis-venditionis proficiſcuntur, non vero etiam quoad ea procedit, quæ contra naturam emptionis-venditionis iure ſingulari ſunt introducta; cuiuſmodi eſſe *dict. leg. ſecund.* beneficium, probat *leg. 16. §. final. ff. de minoribus.* iura quippe ſingularia & exorbitantia nec propter rationis paritatem ad exemplum & conſequentiam trahere licet *§. Sed & quod principi. Inſtitutione de iure Natur. gent. & ciuil. leg. 14. ff. de legibus l. quod contra ff. de Reg. Iur.*

Inſuper diuerſiſſima ratio eſt, quo ad præſens negotium, emptionis-venditionis & diuiſionis, quæ ex ementium-vendentium & diuidentium intentione ac mente ſumitur: Qui enim diuidunt, non hoc agunt vt alter alterum in precio, aut potius valore diuidendarum rerum circumſcribat; ſed vt vnuſquiſque ſuam portionem, quota & quantacunque tandem illa ſit, integram, nec aliud præterea quicquam conſequantur: At qui accedunt ad emendum & vendendum, eo animo ſunt vt alter alterum in precio, quantum fieri poteſt, decipere velit, emptor quidem vilius comparando, venditor autem charius diſtrahendo *l. ſi voluntate. 8. C. de reſcind. vendit.*

Rurſus non obſtat *leg. 3. Codic. comm. vtriusque.* Nam iſtius *l. 3.* beneficium diuerſiſſimum eſt à beneficio *dict. leg. 2.* In iſta quippe *leg. 3.* hoc ſaltem cauetur vt ſi fortaſſis in bonæ fidei contractu inæqualitas aliqua interuenerit, tunc contractus propterea reſcindi non debeat, ſed inæqualitatem iſtam ad æqualitatem reduci oporteat; Adeoque remedium huius *leg. 3.* eſt vnicum & ſimplex: At *dict. leg. 2.* remedium duplex eſt; prius vt liceat diſcedere à contractu emptionis, poſterius vt æqualitas iſta reduci queat ad æqualitatem. In diuiſione igitur conuentionali nullus eſt vſus remedii *dict. leg. ſecunda.*

Multo vero minus in diuiſione quæ fit Electione aut per ſortem: 1. Etenim quam, obſecro, querelæ cauſam iuſtam habere, aut de quo magis quam de ſe ipſo conqueri poteſt, qui ipſe aut diuiſit, aut elegit: ſi quidem præſupponitur neque vim, neque dolum interueniſſe in perſuadendo vt diuiſio ſic fieret vel electio, ſed bona fide geſta omnia, alterutram tamen portionem altera precioſiorem & ampliorem

rem

hæres diceret, quia in promptu nō erant inſtrumenta, quibus id poterat edoceri, ſed poſtea reperta ſunt, idcirco actor iſto in iudicio facile ſuccubuerit, cum actore non probante reus abſoluatur. *l. qui accuſare C. de edend.*

Veruntamen hæc reſponſio fundamentum noſtrum non euertit, cum non ſequatur, tempore tranſactionis non ſuppetebant inſtrumenta, quibus probaretur plus fuiſſe in hæreditate, læſumqueeſſe tranſigentem fideicommiſſarium. Ergo tranſactionis tempore non plus fuit in hæreditate, nec læſus fuit reuera tranſigens. Quinimo, quod in hæreditate plus fuerit, atque reuera fideicommiſſarius læſus fuerit, diſertis verbis in textu *d. l. 78.* ſignificatur. Nec concedendum eſt, quod tempore tranſactionis læſo de læſione conſtiterit, eāq; probare potuerit. In caſu enim ipſius *l. 2. C. de reſcind. vend.* ab initio venditionis factæ non conſtabat de læſione, verum de ea poſt demum apparuit. Nec eſt, quod quis ad *d. l. 78.* reſpondeat, eam per *d. leg. 2. Codic. de reſcind. vendit.* emendatam eſſe. Nam, præterquam quod ea lex ad tranſactionem nihil omnino pertineat, vt poſt luculenter demonſtrabitur, non etiam eſt vna ex nouis conſtitutionibus quæ Codici emendato fuerit de nouo inſerta, & ad iuris veteris emendationem ſpectet; ſed in priori quoque codice extitit: cuiuſmodi conſtitutiones, cum omnes ſimul atque eodē tempore promulgatæ fuerint, non poſſunt inuicem ſibi derogare.

3. Accedit, quod quæ vis eſt iuriſiurandi, ea quoque ſit tranſactionis *l. 2. ff. de iureiur.* Atqui cauſa iureiurando deciſa non poteſt prætextu immodicæ læſionis retractari *l. non erit §. dato l. nam poſtea eod. tit.* Ergo nec tranſactio ob quantamcunque læſionem reſcindi poteſt. Maxime cum ratio, quæ iuſiurandum ob immodicam læſionem retractari prohibet, in tranſactione etiam obtineat. Idcirco enim iureiurando deciſa retractari nequeunt, quia inter eum, qui defert iuſiurandum, & iurantem conueniſſe intelligitur, vt qualiſcunque & quantacunque etiam res ſit, de qua iuratur, ſtetur iureiurando: At in tranſactione idem inter tranſigentes actum videtur, vt quanta quanta etiam ſit res, qua tranſigitur, quantumuis etiam actori fortaſſis ea non debeatur, reus tamen eam retineat, aliquo viciſſim dato actori, vel promiſſo.

4. Ad ſe, quod in *l. quod ſi deferente Digeſt. de dolo* Vlpianus verbis expreſſis ſcribat. *Si deferente actore iuſiurandum, abſolutus fuerit reus, quantumuis poſtea periurium appareat, non tamen eo nomine aduerſus peierantem dandam de dolo actionem, propterea quod per iuſiurandum tranſactum videatur:* cui conſequens eſt tranſactionem non reſcindi, etiamſi poſtea appareat, rem de qua tranſactum eſt, actoris fuiſſe, tantum abeſt, vt propter læſionem aliquam reſcindi debe.t.

5. Tranſactio non habet minorem vim quam res iudicata, *leg. non minorem Codic. de tranſact.* Atqui certi & explorati iuris eſt, quod res iudicata non reſcindatur ob læſionem immodicam *leg. 2. Codic. de re iud. tot. tit. C. ſentent. reſcin. non poſſe.* Quare nec tranſactio reſcindetur interueniente enormi læſione.

6. Inſuper cauſæ, vel lites tranſactionibus legitimis definitæ reſuſcitari non debent *l. cauſas 16. Cod. de tranſact.* Quanto minus ergo permittendum erit, vt reſuſcitentur ſolo iudicis officio implorato?

7. Reipublicæ intereſt, lites quæ indies fere innumeræ emergunt, aut iudicato aut tranſactione finiri, finitas autem bona fide, hoc eſt, non vi nec dolo nunquam reſuſcitari: At nullus foret

ret

Digitized by Google

ret litium finis, ſi prætextu immodicæ læſionis, tranſactiones bona fide finitæ reſcinderentur.

Ad primum reſpondetur: In *l. ſi ſuperſtite. Codic. de dolo.* ſermonem Imperatori eſſe de læſione & circumuentione doloſa: At hic quæſtionem eſſe de circumuentione, ſine vllo dolo, aut fraude facta: loquitur proinde *d. leg. ſi ſuperſtite.* extra terminos propoſitæ quæſtionis.

Et quamuis inſtet Fachineus, & dicat, in *d. leg. ſi ſuperſtite.* doloſam circumuentionem non interueniſſe, quoniam expreſſe proponatur tranſactio bona fide facta. Secundo dolum, inquit, ex propoſito, & dolum ex re ipſa æquiparari in *l. ſi quis cum aliter. 36. ff. de verb. oblig.*

Veruntamen neutrum horum admodum reſponſioni datæ aduerſatur: Non prius, quia quod *in d. leg. ſi ſuperſtite.* dolus ex parte patris Amphidroſæ conſulentis interuenerit, exinde liquet, quod alias fruſtra quæreretur & inepte, an aduerſus patrem Amphidroſæ actio doli competeret. Deinde ſi nullus fuiſſet dolus, Amphidroſæ non denegaretur actio doli ob paternam verecundiam, ſed ideo potius, quia dolus à patre nullus fuiſſet admiſſus. At vero, ait Fachineus, bona fide tranſactio facta proponitur. Igitur non dolo. Reſpondeo bona fide tranſactionem fuiſſe initam ex parte Amphidroſæ, ex parte vero patris dolo malo. Ad poſterius vero reſpondendum, negando dolum ex re & dolum ex propoſito æquiparari. Etenim emptio venditio ob dolum ex propoſito reſcinditur *l. 7. ff. de dolo l. 5. Codic. de reſcind. vendit.* At propter dolum ex re non item *leg. 16. Digeſt. de minor.* niſi fortaſſis læſio ſit immodica, & iuſti precii dimidium excedat, *leg. 2. Codic. de reſcind. vendit.*

*Ad ſecundum* reſpondetur: In *l. in ſumma Digeſt de conduct. indeb.* conſimiliter de circumuentione & læſione doloſa tractari, idque expreſſe ſignificari illis verbis, euidens calumnia detegitur,

*Ad tertium* reſponderi debet beneficium *l. 2. C. de reſcin. vendit.* ad tranſactionem referri non poſſe: quandoquidem, vt venditor in ea l. 2. agat ad reſcindendam venditionem, non eſt ſatis eum minus accepiſſe, niſi ſimul dederit aliquid, & duplo plus dederit, quam acceperit: At in tranſactione is, qui litem remittit, nihil dat. Etſi enim forte ea petiit, quæ centum valebant, actionem tamen remittendo neque dare ea intelligitur, neque remittere. Nam fieri poteſt, vt iniuſte petierit, ac res petita ei debita non fuerit; ſed etſi debita fuerit, aduerſarius tamen abſolui potuerit iudicis ſententia. Et quamuis fieri potuerit, vt is petitor vinceret iudicio, id tamen incertum fuit, an futurum fuerit. Quem incertum euentum vult quidem æſtimari Bartolus, ſed aperte refellitur *l. quemadmodum §. idem Labeo. Digeſt. ad l. Aquil.* vbi diſerte traditur, circa l. Aquiliam in æſtimando damno, eius, qui damnum ſibi datum queritur, nunquam æſtimari aut ſpectari incertum euentum, hoc eſt, id quod author conſequi potuit, incertum autem fuit, an conſecutus eſſet id, ſuper quo actor tranſegit. Quod vero ad reũ attinet, in eo quæſtio præſens plane ſuperuacua videtur, cum nemo mortalium reperiatur, qui duplo plus dare velit, quam ab eo petitur, cum etiam id, quod petitur, dare recuſet.

*Ad poſtremum* reſpondetur, in *l. ſi quis cum aliter ff. de verbor. obligat.* dolum ex re non ſimpliciter comparari dolo ex propoſito, ſed hactenus ſaltem, quatenus quis cognito illo dolo & circumuentione petit ſibi dari quod promiſſum eſt. Quare ab initio quidem omni fraude



Digitized by Google

caret, qui in contractu, præter propoſitum, aliquem circumuenit, verum ex poſt facto demum, cum patefacta veritate petit, dolo facit quod petit *l. 2. §. circa & §. ſeq. ff. de dol. mali except.*

Poſtremo recte hic monet noſter Autor ex *l. 2. Codic. de reſcind. vendit.* non agi adverſus tertium poſſeſſorem, in quem emptorem alienauit ac transtulit, ſed aduerſus ipſum duntaxat èmptorem à quo læſus & circumuentus fuit venditor, actionem & remedium iſtius *leg. 2.* dirigi. Quæ ſententia placet Baldo, Bartolo, Sichardo ad *d. leg. 2.* eamque communiori Dd. calculo receptam & approbatam eſſe aiunt: Nitatur autem hiſce fundamentis.

1. Actio, inquiunt, in perſonam, qualis eſt iſta quæ ex *d. lege 2.* læſionis nomine competit, non datur aduerſus tertium, ſed contra eum ſolum dirigitur qui contraxit vel deliquit *leg. fin. §. fin. Digeſt. de contrahend. empt. lege 1. §. ſi heres. Digeſt. ad Trebell. l. dolus Codic. de reſcind. vendit.* Hinc quippe perſonalis, ſeu in perſonam dicitur, quia perſonam ex contractu vel delicto obligatam & non rem ipſam ſequitur; ſicut contrà in rem actio dicitur, quæ non perſonam nobis obligatam, ſed rem noſtram, & conſequenter rei poſſeſſorem ſequitur *§. 1. Inſt. de action.*

2. Accedit quod ex *d. leg. 2. Codic. de reſcindend. vendit.* datur actio ex cauſa læſionis, ideo enim petit venditor reſcindi venditionem, vel iuſtum precium ſuppleri, quia ſit læſus & circumuentus ab emptore; ex quo ſequitur quod contra eum demum detur *d. leg. 2.* remedium qui venditorem circumſcripſit & à quo læſio proceſſit: Atqui ab emptore læſus proponitur venditor, non vero ab eo cui emptor rem tradidit: ſequitur proinde quod non poſſit ex iſta *leg. 2.* contra tertium poſſeſſorem agi: Nec obeſt ſi dicatur etſi poſſeſſor iſte tertius non circumuenerit vēditorem, hunc tamen ab anteceſſore poſſeſſoris eſſe circumſcriptum: Nam conuentio inter duos interpoſita non debet tertio quicquam præiudicare *leg. 3. Digeſt. de tranſact. l. 27. §. 4. Digeſt. de pact.*

Huic ſententiæ non aduerſatur regula iſta iuris quod alienatio fieri non poſſit niſi cum ſua cauſa ſuoque vitio *l. Alienatio. 67. Digeſt. de contrahend. empt.* At vitium & qualitas rei ſit quod reuocari poteſt propter enormiſſimam læſionem reſciſſa venditione: Quocirca res quæ in ea cauſa fuit penes primum emptorem vt per actionem vel per in integrum reſtitutionem redhiberi quādoque debeat, reſciſſa venditione, non potuit in ſecundum emptorem alienari, niſi eadem lege & conditione vt reſtitutionis periculo eſſet obnoxia.

Ad hoc quippe argumentum reſponderi debet, præfatam regulam de ea ſaltem cauſa accipi debere quæ rem ipſam afficiat, vt puta ſi ea fuit obligata aut alienata ſub conditione ante alienationem, aut ea lege vendita vt retrouenderetur: Atqui in præſenti negotio non talem eſſe cauſam quæ rem ipſam afficiat eundemque ſequatur ſed quæ perſonam duntaxat afficiat, pluſquam manifeſtum ex eo euadit, quod cauſa iſta ex conuentione proficiſcitur, conuentio autem ſiue contractus ipſos ſaltem contrahentes afficit *d. l. 27. §. 4.*

Rurſus non aduerſatur *l. Minor. ff. de euiction.* vbi huiuſmodi proponitur caſus: Minor viginti quinque annis fundum Titio vendidit & tradidit: Titius verò rurſus eundem fundum alienauit in Seium, & dicitur, poſſe minorem, ſi læſum ſe deprehendat, aduerſus alterutrum horum cognitionem impetra-

impetrare vt hoc caſu vtilem de euictione actionem in totum habeat: Vnde colligitur quod in integrum reſtitutio etiam aduerſus tertium, à quo læſio non eſt profecta, competat; Atqui ex *d. l. 2.* diximus ſupra dari ad reſcindendã venditionem reſtitutionem in integrum: Igitur hæc quoque aduerſus tertium datur.

Sed hoc argumentum, vt dixi, non admodum magni eſt momenti: Nam diſtinguendum eſt inter remedium reſcindens & reſciſſorium, inter reſtitutionem, inquam, in integrum & actionem reſciſſoriam; Illa quippe regulariter aduerſus illum duntaxat datur, qui contraxit cum eo, qui læſum ſe dicit: Reſtitutoria vero actio, quæ competit poſtquam reſciſſa eſt per in integrum reſtitutionem venditio, quia eſt actio in rem, ideo competit aduerſus quemuis rei poſſeſſorem, ita vt quemadmodum venditor, antequam vendiderat eam, potuit illam à quouis detentore vindicare; ita quoque nunc, reſtitutione facta, poſſit rem à quouis poſſeſſore, & conſequenter à ſecundo etiam emptore vindicare, cum hæc ſit actionis in rem natura, vt rei poſſeſſorem ſequatur *l. qui petitorio. ff. de Rei vindicat. pr. 4. de act.*

Conſimiliter non refragatur regula & axioma iuris vulgare, quod reſoluto iure dantis, reſoluatur quoque ius accipientis *l. Lex vectigali. ff. de pignoribus*: Igitur quando aduerſus primum emptorem reſtituitur venditor, reſoluitur ius emptoris; Igitur & eius ius reſolui debeat, qui rem ab emptore accepit.

Nam concedo quod poſtquam venditor contra emptorem reſtitutionem in integrum impetrauit, eaque reſcidit venditionis contractum in arbitrio ſit venditoris vtrum actione in rem reſciſſoria emptorem, an vero eum qui rem venditam ab emptore accepit conuenire velit: Atqui reſtitutionem in integrum aduerſus hunc tertium poſſeſſorem dari, eumque læſionis nomine ex *d. l. 2.* ante ius emptoris reſolutum reſciſſamque venditionem conueniri poſſe nego & pernego.

Quanquam vero Baldus & alii eum caſum excipiant, quo tertius ille poſſeſſor rem ab emptore ex titulo lucratiuo, veluti donationis aut legati, poſſidet, eoque velint etiam aduerſus tertium hunc poſſeſſorem ex *d. l. 2.* actionem dari; vel reſtitutionem in integrum concedi; illis tamen ſubſcribere non poſſum propterea quod eadem hic militet ratio, quæ prohibet agere contra poſſeſſorem tertium ex cauſa oneroſa rem tenentem: Deinde quod aduerſus donatarium poſſeſſorem tertium agi non poſſit ex conuentione ſeu contractu perſonali actione, probat diſerte *l. 15. C. de donat.* vbi negatur donatoris heredes conuenire poſſe donatarium æris alieni à donatore contracti, nomine, non certe alia de cauſa quam quod actio in perſonam non detur in ſucceſſorem ſingularem quantumuis ex cauſa lucratiua rem poſſideat.

Sed quid ſi non amplius ſoluendo ſit emptor ad ſummam vtpote paupertatem redactus, ita vt venditor nec precium rei nec precii iuſti ſupplementum conſequi poſſit, anne vel tunc contra tertium poſſeſſorem qui rem ex cauſa lucratiua poſſidet actio vel in integrum reſtitutio dabitur? Affirmandum hoc videtur propterea quod melior debeat eſſe conditio venditoris de damno vitando quam poſſeſſoris illius de lucro captando certantis.

3. Quia reſtitutio minori 25 annis datur contra tertium ſi prior ille qui cum minore contraxit illumque circumſcripſit, ſoluendo non ſit ne ab eo rem ſuam conſequi poſſit per textum in *l. 3 §. Fral. ff de in integr. reſtitut.*

Sed hæc ratio non admodum magni eſt momenti: quandoquidem hoc ſingulari ratione in perſona minoris receptum eſt, quia emptor facilius ſcire potuit rem, quam emerat, fuiſſe aliquando minoris, præſertim ſi fuiſſet curioſus, vt eſſe debuerat in inquirendo, an emeret à domino, quam minor impedire potuit ne res, quæ ab eo vendebatur, & in cuius venditione lædebatur à primo emptore in alium poſtea transferretur.

Pro Negatiua itaque ſententia facit quod eadem hic videatur ſubeſſe ratio qua ſupra negauimus quod contra tertium detur *d. l. 2.* remedium eo caſu, quo ſoluendo eſt emptor: vbi autem eadem obtinet ratio, ibi quoque eadem obtinet iuris diſpoſitio. Mihi, ſecundum prædicta facilis eſt reſponſio ad propoſitam quæſtionem: Tametſi enim propter modo aſſignatam rationem contra tertium poſſeſſorem non poſſit dari reſtitutio quamuis emptor ſoluendo eſſe deſierit: peti tamen poteſt aduerſus ipſum emptorem reſtitutio & venditionis reſciſſio: qua petita & impetrata reſtitutoria actio, quæ in rem eſt, contra poſſeſſorem non denegabitur.

## RESOLVTIO THESIS *Vltima.*

*Lit. A.* COronidis loco Author noſter aliquot poſitiones ad hanc materiam ſpectantes ſubnectit, quarum prima eſt, Ædilitium edictum in carnibus etiam leproſis, annona corrupta, libris mendoſis locum habere, ita vt harum nomine Redhibitoriâ vel æſtimatoriâ agi poteſt: Quanquam annonam corruptam vendentes extraordinaria etiam pœna affici queant *l. Annonam. 6. ff. de extraord. crimin. l. 3. §. ſed ſi quis merces ff. de crim. ſtellionat.* Iacob. Menoch. *arbitr. iud. quæſt. caſu 382.*

Secunda Authoris poſitio eſt, Ædilitium edictum in rebus minutis minimeque valoris locum non habere: Id quod etiam haut obſcure probat *l. emptori. ff. de euict.* vbi negatur propter res viliores euictas agi de euictione poſſe: Idemque confirmat quoque iſta ratio, quod propter res & cauſas minimas non debeat venditio reſcindi *l. res bona fide. ff. de contrahend. empt.* abſurdumque ſit contractum perfectum ſpeciali legis beneficio ob rem exigui precii reſcindi *l. ſcio ff. de in integr. rest. l. ſi oleum. §. final. ff. de dolo.* *Lit. B.* Quæſt. 54. *Quanam ſint ſimplaria venditiones?*

Eiuſdemque aſſertionis fundamentum conſtituit Budæus *in l. ſi tamen. §. final. ff. de ædilit. edict.* quo in loco ita Pomponius ſcribit: Simplariarum venditionum cauſa ne ſit redhibitio, in vſu eſt. Per ſimplarias enim venditiones Budæus intelligendas ait eas venditiones pro quibus venditor non cogitur emptori de dupla repromittere.

Sed Ioannes Coraſius 2. *Miſcell. 24.* hanc Budæi interpretationem improbat propterea, quia certo certius eſt de equo, iumento & cæteris rebus ſimilibus eſſe redhibitionem *l. ædiles aiunt. ff. de ædilit. edict.* ſuper quibus tamen quia pretioſæ non ſunt, de dupla venditor non repromittit. *leg. 37. §. 1. ff. de euict.*

Ipſe proinde Coraſius textum *d. l. ſi tamen. §. final.* emendat ac pro *ſimplariarum* ſubſtituit *ſimplarium*: Et ſimplarias venditiones vocat, venditiones rerum humilium minutarum & vilium, quæ in nullo fermè ſunt precio.

Mihi Budæi ſententia, quam & Author noſter amplectitur, ad veritatem propius accedere videtur: Nec eam labefactat ratio Coraſii, qua illam impugnat: Falſum quippe eſt quod equus cæteraque

cæteraque iumenta non ſint res precioſæ, ſed minutis & vilibus annumerandæ: Nullibi enim hoc in iure ſcriptum eſt ac præterea ipſemet Coraſius res non precioſas interpretatur minutas & viles, quæ prope nullo ſint in precio: Tales vero eſſe equos & iumenta quis, obſecro, diceret? Et vbinam, quæſo, legitur ſuper equis & iumentis de dupla venditorem non repromittere? Vt taceam quod violento plane fundamento ſuperinſtructa ſit Coraſii opinio, dum contra fidem omnium exemplariam emendat *d. l. ſi tamen. §. fin.* lectionem receptiſſimam & conſtantiſſimam. Poſtremo venditiones dici ſimplarias ex ea potius quod pro illis non de dupla, ſed de ſimpla duntaxat cogitur promittere, quam exinde quod venditiones iſtæ ſint de rebus vilibus & non precioſis; quandoquidem nuſpiam in iure res vilis, ſiue non precioſa appellatur ſimpla.

*Lit. C. & D.* Quæſt. 55. *Si immineat euictio an ſatisdandum generaliter, an ſpecialiter?*

Si porro euidentior euictio imminet emptori iniquum foret ipſum precium venditori ſoluere cogi, niſi & ipſe ſecurior de precio iſto, re euicta recipiendo effectus fuerit; efficitur autem ſecurior per ſatisdationem, qua datis idoneis fideiuſſoribus eo nomine ipſi cauetur & hoc diſerte expreſſum eſt *in leg. ſi poſt. 24. Cod. de Euict. Si poſt perfectam venditionem ante precium numeratum rei venditæ mota fuit quæſtio vel mancipia vendita proclament in libertatem, cum in ipſo limine contractus immineat euictio, emptorem ſi ſatis ei non offeratur, aut totius vel reſidui pretii ſolutionem non compelli, iuris auctoritate monſtratur.*

Sed vtrum hoc caſu ſatisdatio debeat eſſe ſpecialis & aduerſus eum duntaxat, qui litem mouit & à quo præſens imminet euictionis periculum, an vero generaliter aduerſus quemcunque qui litem in poſterum ſit moturus, concipienda ſit, quæritur? Et verior eſt ſententia illorum qui ſtatuunt ſpecialem debere eſſe ſatisdationem aduerſus eum duntaxat qui litem nunc mouet: Ratio autem huius perſpicua eſt quod cauſa propter quam ſatis datio iſta præſtanda eſt, quæque in præſenti eſt iam imminente euictionis periculo conſiſtit, manifeſte in cæteris qui tempore ſoluendi precii quæſtionem & litem non mouerunt, & à quibus etiam nullum euictionis imminet periculum manifeſtiſſime deficiat, ceſſante autem ratione & cauſa, ceſſat quoque & deficit iuris diſpoſitio *cap. ceſſante. de Reg. iur. in ſext.*

2. Præterea in adduct. *leg. 24. Codic. de euict.* ſancitur aduerſus eum ſatiſdationem præſtandum eſſe, qui litem mouit, & aperte ſub hac conditione, ſi mota ſit quæſtio, quomodo itaque dicetur etiam aduerſus eos præſtandam eſſe ſatiſdationem, à quibus lis mota non fuit, à quibus nullum penitus imminet periculum euictionis?

Nec obſtat quicquam *leg. fin. §. 1. Digeſt. de reſcind. vendit.* qua contrarium probari cum Dyno tradit Cabalinus; Nam nihil quicquam ea lege aſſeritur, quod ſententiæ noſtræ aduerſaretur.

Minus refragatur generalitas *d. l. ſi poſt. 24.* quod enim ea lex velit ſatiſdationẽ eſſe ſpecialẽ eaq; emptori aduerſus motorem litis duntaxat caueri, plus quam manifeſtum eſt.

Denique non refragatur quod lex foret fruſtratoria ſi venditor non cogeretur aduerſus quemcunque ſatisdare: Nam conſequentia hæc eſt falſiſſima, quia ſane hoc nihilominus operatur vt ſecurus ſit emptor redditus contra eum à quo

Digitized by Google

à quo ipſi præſens imminet periculum.

An d.l. 2. etiam in Emphyteuſi locum habeat, quæritur? Negant hoc Speculator & Iaſon, propterea quod iſtud beneficium ſaltem in contractibus bonæ fidei locum habeat; contractus vero emphyteuticus ſit ſtricti iuris *arg. §. actionum I. de act.*

*Lit. E. & F. Quæſt. 56. An l. 2. C. de reſc. vendit. ſpectet ad Emphyteuſin & feudum.*

At Pinellus hanc improbat ſententiam propterea quod emphyteuſis ſit ſpecies quædam locationis-conductionis *l. 1. & tot. tit. ff. ſi ager vectigal. petat.* aut certe valde affinis locationi-conductioni *§. 3. 4. de Locat.* In locatione autem & conductione indubitanter admittatur remedium *d. l. 2.* Sed prior ſententia mihi vera, Pinelli autem falſa eſſe videtur, propterea quia falſum eſt iſtud principium, quo nititur, quod nempe in locatione-conductione locum habeat prædictum remedium: Hoc quippe ſupra falſiſſimum eſſe liquido demonſtrauimus: Et ſimul etiam oſtendimus remedium illud d. l. 2. ad ſolam emptionem-venditionem pertinere nec ad vllum alium contractum porrigi debere.

Quocirca nec ad feudum pecunia emptum trahi debet.

Quæritur etiam vtrum huic beneficio locus ſit quando quis per procuratorem contraxit & læſus eſt? Et placet Affirmatiua opinio per textum *in l. ſi voluntate C. de reſcind. vendit.* vbi agitur de fundo per filium diſtracto & dicitur quod ob id venditio reſcindi non poſſit quod paulo minori precio res vendita fuerit, ſed reſcindi queat ſaltem propter enormem læſionem. *Lit. G.*

Accedit quod ſibi debeat imputare dominus quod tali commiſerit negotia ſua qui parum diligenter, parum caute ea adminiſtraturus fuiſſet. *l. 24. ff. de minoribus.*

Non igitur vera eſt Pauli Caſtrenſis opinio quod reſcindatur venditio per procuratorem contracta, ſi læſio etiam ſit in ſexta parte. Nullum ſiquidem hoc iuris fundamentum habet.

RESO-

Digitized by Google

# RESOLVTIONVM DISPVTATIONIS TERTIÆ,

## De VSVRIS ET MORA,

### QVAESTIO

I. An vſuræ iure diuino ſint licitæ? 322
II. An vſuræ iure diuino ſint prohibitæ? 328
III. An vſuræ iure Ciuili ſint prohibitæ? 330
IV. An vſuræ iure Canonico licitæ & permiſſæ ſint? 331
V. Quidnam differant vſura & Fœnu? ibid.
VI. An olim pecuniæ nauticæ infinitas vſuras ſtipulari licuerit? 333
VII. Quænam vera ſit ſententia l. 5. Dig. de Nautico fœnore? 335
VIII. An pacta ſtricti iuris contractib. de vſuris præſtandis adiecta pariant actionẽ? 337
IX. Quodnam pactum dicatur in continenti adiectum contractui? 338
X. An pactum de vſuris frumenti, hordei, olei &c præſtandis ſit legitimum? 340
XI. An pignus in ſortem obligatũ cenſeatur quoq; in vſuras obligatum eſſe? 342
XII. An pignus in vſuras minores obligatum cenſeatur queq; obligatũ eſſe in maiores vſuras, de quib. poſtea præſtandis conuenerit? 343
XIII. An vſuræ ex pacto nudo debitæ ciuiliter debeãtur ſi longiſſimo tẽpore ſint pſtitæ? 344
XIV. An vſuræ in ſtrictis iudiciis debeantur ex mora iudiciali? 346
XV. An pecuniæ ſic depoſitæ vt tantũdẽ reſtituatur vſuræ ex mora pſtari debeãt? 349
XVI. An antichreſis poſſit excedere legitimũ vſurarum modum? 352
XVII. An creditor cui vſuræ maiores ſolæ debebãtur, ſi minores à debitore acceperit; maiores vſuras remiſiſſe cenſeatur? 358
XVIII. An idem quoque in reditibus annuis obtineat? 359
XIX. An pœna modum vſurarum excedens, debeatur? 360
XX. An infamia improbis fœneratorib. ipſo iure irrogetur? 361
XXI. An vſurarij etiam extraordinarie & ciuiliter puniri poſſint? 362
XXII. Quinam de fœnore illicito deq; vſurariis cognoſcere & iudicare debeat? 369
XXIII. An bona vſurarij tacite ſint oppignorata pro reſtitutione vſurarum? 371
XXIV. Anne inſtrumenta quarendigiata exceptione vſurarum impedimentum aliquod accipiant? ibid.
XXV. Fideiuſſor maiores vſuras ſoluens contra debitorẽ an habeat regreſſum? ibid.
XXVI. Quid ſit mora & de eius definitione? 373
XXVII. An delinquendo mora cõmittatur? 374
XXVIII. An mora alia ex re ſit, alia ex perſona? 376
XXIX. An ex promiſſione dotis mora ex re contrahatur? 378
XXX. An ex iuramento mora ex re contrahatur? 384
XXXI. An ad moram ex perſona requiratur iudicialis interpellatio? 385



Digitized by Google

XXXII. *An vſuræ legatorũ & fideicommiſſorum ſtatim à die moræ debeantur?* 389
XXXIII. *An ad moram ſufficiat vnica interpellatio?* 392
XXXIV. *An dies pro homine interpellet?* 395
XXXV. *An etiam conditio interpellet?* 397
XXXVI. *An & quando mora perpetuet obligationem?* ibid.
XXXVII. *Mora principalis debitoris an noceat fideiuſſori?* ibid.
XXXVIII. *Et quid de mora correi?* ibid.
XXXIX. *Quando poſſit mora debitoris purgari?* 400
XL. *Quid in obligationibus faciendi?* 402
XLI. *Quid in obligationibus quæ pœnam ſine die continent?* ibid.
XLII. *Quid ſi diem & non pœnã habeãt?* 405
XLIII. *Quid ſi diem & pœnam contineãt?* 407
XLIV. *Quatenus oblatio ſiſtat vſurarum curſum?* ibid.

# VOLVMINIS POSTERIORIS DISPVTATIONIS TERTIÆ,

## *De*

## VSVRIS ET MORA,

### *THESIS I.*

Reſolutio.

*Lit. A.* VSVRAM ab vtendo dictã eſſe, facile concedunt omnes; eſt enim vſura quaſi vſus, quia pro vſu ipſius pecuniæ exigitur, quaſi dicas vſus precium; & proprie loquendo vſura nihil eſt aliud, quam vſus; idque et apud Latinos teſtatur Cicero, vſuram lucis, vſuram vitæ, temporis vſuram pro vſu iſtarum rerum dicens *lib. 1. Tuſcul. & in Verrin. 5.* Donellus in *tractat. de vſur. cap. 1.* Franciſcus Hotomannus *in diſputation. de vſur. capit. 1.* Borcholt. *de vſur. cap. 1. numer. 30.*

*Lit. B. C. & D.* De vſura porro anne ſit licita, nec ne, quæritur? De quo niſi exacte conſtet, fruſtra labor omnis in nobiliſſimæ huius materiæ decuſſionem & tractationem inſumitur. Et non deſunt, qui vſuram iure Naturali, iure Diuino, iure Ciuili, iure Canonico prohibitam illicitamque eſſe ſtatuunt.

Et quidem quod iure Naturali vſura pecuniæ ſit illicita, ſequentibus rationibus confirmari videtur.

1. Legi, inquiunt, naturæ contrarium & ſummopere iniurioſum eſt, quod alicui non dederis, hoc ab ipſo exigere; ſed qui vſuras accipit, pecunia mutuo data, id exigit quod non dedit, recipit enim pecuniam, quam mutuo dedit, & inſuper aliquid accipit, quod debitori non dederat, id ſcilicet quod vſura dicitur. Igitur vſura eſt contra legem naturæ & cum debitoris iniuria coniuncta. Hinc igitur, ſi centum aureos — Qu. II *An vſuræ iure diuino ſint licitæ?*

aureos dediſti mutuos, exigit naturæ lex & regula, quæ in cõmutationibus valet & in æquitate poſita eſt, vt quantum dediſti recipias, ſic enim tuum recipis, amplius aliquid exigere eadem lege non licet, ſic n. fit vt alienũ occupes.

2. Contra naturam eſt, vt res per ſe & ſua natura ſterilis pariat fructum: Atqui pecunia eſt res per ſe & ſua natura ſterilis, & coniecta in terram nunquam germinat, nullum vnquam producit fructum. In arca quoque recondita atque ad plurimos annos reſeruata non creſcit, nec vllum parit fructum. Igitur non conuenit, ſi pecuniam alteri credideris, quæ aliquandiu apud debitorem fuerit; eius pecuniæ fructum ab eo exigere, qui fructus apud te nullus futurus erat, ſi pecunia apud te perpetuo manſiſſet.

3. Accedit & hæc ratio, quod vſura pro vſu rei noſtræ & ideo exigi non poſſit, quia pecuniæ cæterarumque rerum, de quibus vſura debetur, nullus eſt vſus, niſi conſumptæ fuerint. At ſi quis ita vſus eſt, fecit conſumendo, vt ſæpius vti non poſſit. Atenim pro vſu ſaltem, qui aliquando fuit, aliquid dari fortaſſis non iniquum foret; verum nunc pecunia conſumpta abeſt debitori, quam nihilominus debet, nihil igitur eſt quod interim pro eius vſu ab ipſo exigi poſſet, cum ea pecunia non vtatur ac nec vti poſſit, quia abeſt: Niſi fortaſſis creditoris interſit, quod pecuniam non reddis: At de hoc non quæritur.

4. Natura inſuper & æquitas naturalis ſuadet ei rem eſſe quæſtui, cuius periculo eſt *l. is qui commodum. ff. commodat.* Pecunia autem credita non eſt periculo creditoris, ſed debitoris *l. incendium. C. ſi cert. petat. pr. l. quib. mod. re contrah. O.*

5. Accedit his & iſta ratio, quod aliam pecuniam debitor reddendo, quod fieri omnino neceſſarium eſt, non ſolum idem corpus nec deterius reddit, ſed etiam eundem illum vſum, quem acceperat, reddit, inque creditorem transfert ſoluta pecunia. At cum nihil aliud reddat debitor, quam ſortem, quid præter ſortem creditor exiget.

6. Naturæ lex exigit ne quis reddatur locupletior cum iactura & detrimento alterius *l. nam hoc natura 206. de R. I. l. 41. ff. de condict. indeb.* Sed qui vſuras accipit locupletatur cum alterius iactura & damno, vſura igitur legi naturę eſt cõtraria.

7. Naturæ etiam repugnat de alieno lucrum ſentire *l. idemq́, §. ſi procurator. ff. mandat.* Atqui is, qui vſuras accipit, de alieno lucrum percipit. Pecunia namque mutuo data, eſt aliena. Igitur vſuras accipere non licet, & contra bonam fidem facit, qui vſuras accipit.

8. Mutuum ſua natura gratuitum eſt *l. ſi tibi ff. de pact. l. rogaſti §. 1. de reb. cred.* Igitur contra naturam mutui facit, qui vſuras accipit.

9. Et ſane toleranda fortaſſis vſura foret, ſi ſemel modicum aliquid pro beneficio mutuationis exigeretur. Nũc autem indies vſuræ creſcunt pecuniæ non ſolutæ. Sic fit vt cum miſer debitor pecuniam totam expedire non poteſt, nouo quotidie ære alieno obrut⁹ ipſe diu multumque ante miſere diuexatus, ad extremum facultatibus & bonis exuatur.

10. Quicquid ad Reipubl. euerſionem atque interitum ſpectat, id non poteſt conueniens eſt iuri naturali: Atqui contrariari vſuram vtilitati Republic. inque perniciem eius tendere, ex eo intelligere licet, quod arte vſuraria in Rempubl. introducta, bonæ atque honeſtæ artes & ad vitam colendam neceſſariæ deſeruntur, dum quiſq; ſine ſudore mauult lucrum facere, idque paratiſſimum, pecunias fœnori collocãdo, quam fruſtra in aliis rebus exercendis magno labore res neceſſarias quærere: Deinde quod cum tenuiorum facultates exhauriuntur, neceſſe ſit, ſæpe maximos



Digitized by Google

mos tumultus aduerſus potentiorum iniurias & iniqua lucra excitari. Hinc Ariſtot. *lib.1.Politic.* è Republ. fœnerandi artem, velut turpiſſimam & publicis commodis aduerſariam, eiecit. Idem fecit Plato *lib. 6. de Republ.* Et ex Catonis ſententia Cicero *lib. 2. de offic.* fœnerari, ait, eſſe hominem occidere. Et Cornel. Tacitus *lib.5. Annalium.* notanter hac de re ita ſcribit: *Sane vetus vrbis fœnebre malum & ſeditionum celerrima cauſa.*

11. Poſtremo quod vſuræ iuri naturali repugnēt, hæc quoq; ratio comprobat: Quicquid iure diuino Euāgelico vetitum eſt, illud quoque iure naturali prohibitum eſt; ſiquidem ex lege Euangelica nihil nec præcipitur, nec tanquam illicitum prohibetur, quod non ſit iuris naturalis legibus, vel præceptum, vel prohibitum: Atqui iure diuino Euangelico vſuræ ſunt prohibitæ vt patet ex *cap. 22. Exod. cap. 25. Leuit. cap. 23. Deutr. Pſalm. 15.* & pluribus infra demonſtrabitur in enucleat. & reſolut. quæſtionis illius, *an ne vſuræ iure diuino ſint prohibitæ?* Igitur iure etiam naturali prohibitæ erunt vſuræ.

Hæc ſunt argumenta, quæ ex iure naturæ adduci ſolent, quæ etſi videantur valde ſpecioſa, non tamen quenquam mouere debent, vt ſententiæ huic abſurdiſſimæ ſubſcribat: Quin potius, iſtis rationibus non obſtantibus, ſic ſtatuendum cen ſeo, naturæ legi non ſolum non contrarium, ſed eidem valde conſentaneum eſſe, pro vſu pecuniæ creditæ vſuras exigere.

Etenim tres ſunt vſurarum ſpecies: Vſuræ quippe ſunt vel compenſatoriæ, vel punitoriæ, vel lucratoriæ. *Compenſatoriæ* vſuræ illæ dicuntur, quæ loco intereſſe præſtantur creditori ad recompenſandum id quod intereſt eius pecuniam, quam alij credidit, habuiſſe, nec eam debitori credidiſſe: *Punitoriæ* vſuræ dicuntur, quæ in pœnam moræ à debitore commiſſæ exiguntur *l.17.ff.de vſur.* Lucratoriæ appellātur, quæ propter merum mutuationis officium exiguntur, & merum continent lucrum.

Quod igitur ad vſuras compenſatorias attinet, illas non eſſe iuri naturæ contrarias, ſed eidem potius conſentaneas, perſpicuum eſt: Has quippe, niſi debitor creditori præſtaret, locupletior redderetur cum manifeſto creditoris detrimento, contra iuris naturalis regulam *dict. leg. 206.* Ipſe enim debitor pecunia creditoris lucrum faceret: Creditor vero ſuo cum detrimento pecunia ſua carere cogeretur: Hoc vero æquitati naturali contrarium foret. Adhæc contra ius naturale creditori damnoſum exiſteret officium humanitatis, & amicitiæ quod præſtitit debitori in mutuando pecuniam. Sicque prætereà commodis aliorum inſeruire tenemur, vt noſtris non officiamus; hæc ſiquidem ordinata charitas eſt quæ incipit à ſeipſa. Accedit quod is qui ſuorum curam non habet, deterior ſit Ethnico & fidem abnegarit; ſi itaque ita quis credere proximo ſuo cogeretur pecuniam, vt nihil in recompēſationem eius, quod ipſi interea ratione creditæ pecuniæ abeſt, commodi vel lucri perciperet, ſuos vtique negligeret & commodis alienis proſpiceret maximo ſuo ſuorumque detrimento & iactura.

De *punitoriis* vſuris, quin non repugnent æquitati & iuri naturali, ſed ei per omnia conueniant, dubium eſſe non poteſt. Quid enim, obſecro, rationi naturali magis conueniens eſſe poteſt, quam vt delicta puniantur *arg. §. 3. Inſtitut. de iure Nat. gent. & ciuil.* punitoriæ vero vſuræ eo pertinent vt mora debitorum non ſoluentium puniatur & coerceatur *l. 17. §. 3. Digeſt. de vſur.* vbi dicitur, vſuras non exigi propter lucrum petentium, ſed propter moram non ſoluen-

ſoluentium. Mora quippe delictum eſt, & mora ſua cuique nocere, non vero alij debet.

Iam vero ſi in propoſito propter moram debitoris, quam facit in exſoluenda pecunia ſibi credita, creditor non conſequeretur vſuras, certe mora ipſi debitori & moratori foret lucroſa, creditorque damno afficeretur. Hæc proinde vſura punitoria naturali iuri non modo non contraria, ſed eidem quoque per omnia conſentanea eſt.

De ſola itaque vſura lucratoria quæſtio eſt, vtrumne ea quoque iuri naturali ſit conſona, an vero eidem repugnet; At vero eam non repugnare hac euidenti ratione demonſtratur, quod non repugnet æquitati & rationi naturali ex ſua pecunia ſine proximi detrimento lucrum facere, nec iniquum aut cum cuiuſquam iniuria coniunctum ſit ſuæ inſeruire vtilitati ſine alterius incommodo.

Atque cum otioſam habeo in arca pecuniam, & amicus eam ſibi ſub vſuris credi rogat, eius commodo inſeruire hac mutuatione poſſum, vt nihilominus lucrum exinde percipiam.

Neque huic ſententiæ quicquam repugnant argumenta, quæ in contrarium ſunt adducta. Nam ad primum reſpondeo naturæ aduerſari id exigere quod datum non eſt, quando is, cui data eſt pecunia, nihil ex re mea lucri aut commodi percipit: At ſecus eſt quando debitor ex mea pecunia commodum fert.

Hoc caſu contra naturam non eſt, exigere quod non dedi; ſed natura potius permittit vt cum debitoris commodo meum quoque commodum quærere poſſim.

Hoc vero ita ſeſe habere declaratur exemplo locationis conductionis perſpicuo. Nam locator qui fundi vſum alteri pro certa penſione annua locat & concedit, præter rem ipſam non videtur quicquam transferre ad conductorem, & tamen exigit penſionem ſiue mercedem.

Quod hic diſſentientes mihi reſponderint, idem & ego ad illorum argumentum reſponſi darem.

Sed tamen reſponderi & hoc poteſt, creditorem non exigere à debitore quod non dedit: Conceſſit enim vſum pecuniæ pro quo vſuram exigit: vſura quippe, prout ſupra notauimus, aliud nihil eſt quam pecuniæ vſus.

Sic etiam parum negotij faceſſit argumentum ſecundum:

Si enim per fructus intelliguntur fructus naturales, qui natura partim, partim cura & cultura hominum producuntur, quique ex re ipſa proueniunt, tunc certum eſt pecuniam eſſe ſterilem, quia huiuſmodi fructus producere non valet.

Sin vero per fructus intelliguntur ciuiles, qui occaſione rei iure percipiuntur, tum pecunia non eſt res ſterilis, huiuſmodi enim ciuilem fructum producit; Sic enim nec nauis vllum producit fructum naturalem, adeoque ſi de fructu naturali eſt quæſtio, nauis eſt res omnino ſterilis, nec natura ſua fructus producit, interim non poteſt dici res plane ſterilis, quæ nullas penitus producat fructus *leg. ſi nauis 62. ff. de Rei vindicat.*

Sic etiam domus eſt res natura ſterilis nec parit fructus naturales vel induſtriales: ciuiles tamen fructus domus parit; quia penſio, ſiue merces, ex domo percipi poteſt. Et quod pe-

cunia non ſit res omnino ſterilis, ſed pariat fructus, tradit Vlpianus in *l. ſi bene. de vſur.*

Imo Iuriſconſulti noſtri tunc ſterileſcere dicunt pecuniam, quando fœnore occupata non eſt *leg. ſeptima, de vſuris leg. tertia, §. vſuras. ff. de contrar. tut. act.*

*Ad Tertium* argumentum reſpondeo, Si quidquam concluderet, tum illud quoque probaret, quod frumenti, olei cæterarumque rerum fungibilium quarumque vſus in abuſu & abſumptione conſiſtit, nullæ forent vſuræ, quia & hæ vtendo abſumuntur.

Deinde etſi aſſidua permutatione intelligatur pecunia interire §. *conſtituitur Inſtitut. de vſufruct.* tamen vtilitas & vſus pecuniæ in commoditate, quam è credita pecunia percepit debitor, ſemper apud ipſum permanere videtur & ideo pro vſu pecuniæ, qui, vt modo dictum eſt, apud debitorem ſemper permanſiſſe intelligitur, iure vſura exigitur.

*Ad Quartum* expedita eſt Reſponſio: Nam propoſitio maior procedit, quando pactione aliud non conuenit; ſiquidem contrahentes legem dare ſolent contractui *leg. ſeptima, §. 5. ff. de pact.*

Et ideo vſuræ ex pacto vel ex ſtipulatione debentur, quamuis pecuniæ creditæ periculum non ad creditorem, ſed ad debitorem pertineat. Borchold. *d. tract. de vſur. c. 1. n.* 11.

Hoc etiam exemplo perſpicuo declaratur: Nam periculum ædium conductarum indubitate ſpectat ad locatorem, qui dominus eſt ædium, & interim tamen vſus ædium eſt penes conductorem. Deinceps conſiderandum eſt, quod nihil quicquam fiat contra propoſitam regulam, etiamſi ſtatuatur vſuras pecuniæ creditæ ſoluendas eſſe creditori. Nam ſane quæſtui eſt pecunia credita debitori: Nec enim præſumitur quenquam pecuniam mutuo ſumpturum, maxime ſub fœnore, ſi non ſpem quæſtus & lucri foueat.

*Ad quintum* argumentum reſpondeo, quando debitor vſurarum nomine aliam pecuniam creditori ſuo præſtat, tunc non pro ſorte ſiue ſumma credita, ſed pro ſummæ creditæ duntaxat vſu iſtam pecuniam ſolui; adeoque præter ipſam ſortem pro vſu pecuniæ, quem creditor in debitorem tranſtulit, pecunia creditori exſolui debet.

*Ad Sextum* reſpondetur, creditorem, qui vſuras accipit, cum debitoris iactura non locupletari, cum debitor ex pecunia, quam à creditore accipit, multo plus lucrari poſſit, quam ipſe vſurarum nomine creditori præſtat: quinimo Borcholdus inuertit argumentum hoc modo: Nemo debet locupletari cum alterius iactura & damno.

Sed debitor qui pecuniam mutuam accepit locupletaretur cum iactura & damno creditoris, ſi pecunia creditoris vteretur & ex ea multum lucraretur, & è contrario creditori nihil præſtaretur.

Nec hic quenquam moueat, quod ſæpe contingit negociationem infeliciter ſuccedere, & debitorem pecunia, quam mutuo accepit, aut parum aut nihil omnino lucrari: Hoc enim damnum, aduerſa fortuna contingens, nemini niſi ipſi creditori obeſſe debet. Quid enim ſi pecunia credita in totum perierit, anne hoc damnum vlla ratione ad creditorem ſpectabit?

Nemo ſane hoc affirmare audebit, cum

Digitized by Google

cum diſerte cautum ſit damnum fortuitum, in pecunia credita contingens, ad debitorem pertinere *leg. Incendium Cod. de Reb. credit.* Addit Borcholdus, ſi aduerſa fortuna contigerit, vt nihil lucretur debitor pecunia credita, tunc creditorem memorem eſſe debere aurei illius præcepti, quod Iuriſconſultus Vlpianus *lib. ſing. de offic. curat. Reip.* his verbis tradidit: *Creditor non acerbum ſe exactorem, non contumelioſum ſe prabeat, ſed moderatum & cum efficacia benignum & cum inſtantia humanum l. ſi bene. ff de vſur.* Denique etſi nihil quicquam lucretur pecunia credita debitor, non tamen dici poteſt creditor locupletatus cum iactura & detrimento ipſius, quia propterea quod creditor locupletior ex vſuris efficitur, debitor damnum non ſentit, ſed omnis iſta iactura adſcribi debet vel aduerſæ fortunæ, vel culpæ debitoris, quarum neutra quicquam nocere creditori aut ad creditorem pertinere debet.

*Ad Septimum* reſpondetur pecuniam mutuo datam eſſe quidem alienam, hoc eſt, non eſſe amplius creditoris, ſed debitoris effici, inque dominium eius tranſire, & idcirco periculum quoque pecuniæ ad debitorem ſpectare, debitorem tamen, qui pecuniam accepit, obſtrictum creditori manere ad hoc, vt pecuniam reddat in genere magis, quam in ſpecie *leg. 2. ff. de Reb. cred.* hoc eſt, debitorem obligatum eſſe non vt reddat pecuniam quam accepit, ſed aliam quamcunque pecuniam: Non igitur pecuniam creditam omnino alienam eſſe, quemadmodum res aliæ in quibus nihil omnino iuris habemus. Borchold. *dict. loco.*

Ego ad hoc argumentum etiam ſic reſponderem; ex aliena re neminem debere lucrum ſentire inuito & non conſentiente domino. At domini voluntate & conſenſu ex aliena re lucrum aliquem & commodum percipere, iuri non repugnare, nec æquitati eſſe contrarium, prout commodati, locationis-conductionis & conſimilium contractuum exempla ſatis euidenter oſtendunt; Quid igitur mirum eſt ſi & creditor ex re & pecunia, quam prius debitoris effecerat, voluntate & conſenſu lucri quid capit.

*Ad octauum* quoque reſponſio expedita eſt, mutuum ſua natura eſſe gratuitum, ita vt ex eo nihil vltra ſortem pro officio mutuationis debeatur aut exigi poſſit; & ſic etiam manere gratuitum, quamuis vſuræ pro officio iſto mutuationis, pacto vel ſtipulatione promiſſæ fuerint exindeque debeantur, & exigi poſſint.

*Ad nonum* reſpondeo, cum debitor ex pecunia creditoris indies lucrum ſentiat aut ſentire poſſit, non obſtante culpa ipſius vel aduerſa fortuna, ideo iniquum non eſſe vt pro vſu iſto creditori vſuras præſtet & ad eas præſtandas obligetur.

*Ad Decimum* reſpondeo, illud ideo nobis non refragari, quia de abuſu vſurarum loquitur, immodicam fœnerandi rationem damnoſam eſſe Reipublicæ ipſimet cenſemus, vſuram vero moderatam & intra modum à legibus præſcriptum ſeſe continentem, plane non eſſe detrimentoſam vel perniencioſam Reipubl. exiſtimamus. Quin potius & commercia, Reipubl. ſummopere neceſſaria, vigere & florere poſſint, prope neceſſaria eſt vſura, ſiquidem nemo facile alteri pecuniam ſine vſuris credit.

*Ad poſtremum* reſpondeo negando Aſſumptionem. Quod enim vſuræ iure diuino non ſint prohibitæ nec illicitæ, nunc demonſtrabitur.

Quæri-

Quæſt. 2. *An vſuræ iure diuino ſint prohibitæ?*

Quæritur itaque vtrum vſuræ iure diuino permittantur, an vero prohibeantur: Non permitti ſequentibus hiſce rationibus probatur.

1. In *Exod. capit. 22. verſ. 25.* Ita Deus ad populum Iſraeliticum: *Si pecuniam*, ait, *mutuam dederis populo meo pauperi, qui habitat tecum, non vrgebis eum, nec vſuris opprimes.*

2. In *Leuitic. capitul. 25.* diſerte prohibetur, ne quis pecuniam ſuam det fœnori: *Pecuniam tuam*, inquit Dominus, *non dabis fœnori.*

3. *Deut. 23. Non fœnerabis fratri tuo pecuniam, nec fruges, nec quamlibet aliam rem.*

4. *Ezech. capitulo decimo octauo. Qui ad vſuram dedit, & amplius accepit, non viuet. & capitulo vigeſimo ſecundo. Vſuram & ſuperabundantiam accepiſti.* Quibus verbis manifeſte reprehendit & improbat vſuras DEVS.

5. *Pſalmo 14. Quis habitabit in tabernaculo tuo, Domine? qui pecuniam ſuam non dedit ad vſuras*; ait Regius Propheta Dauid.

6. Et in *Pſalmo 55.* haut obſcure vſuræ prohibentur, & ceu illicitæ reprobantur; dum ibi dicitur de impiis, quod de plateis eorum vſura & dolus non defecerit.

7. *Nehem. capitulo quinto*, dicit Propheta: *Vſuraſne ſinguli à fratribus veſtris exigitis?* & ſubiicit paulo poſt: *Non eſt bona res, quam facitis.*

8. *Luca capit. 6.* præcipit Chriſtus, vt mutuum demus & nihil inde ſperemus.

Hinc igitur videtur inferendum quod vſuræ iure diuino omnino ſint prohibitæ.

Cæterum quod vſuræ iure diuino non ſint prohibitæ, ſed eo iure omnino permiſſæ, hoc modo probari videtur: Vſuras ſupra dictum eſt eſſe triplicis generis, alias eſſe compenſatorias, alias eſſe punitorias & alias lucratorias.

At nullæ ex his prohibitæ ſunt iure Diuino, Non compenſatoriæ: Tum quia hæ non ſunt lucrum ſupra ſortem, exactum propter officium mutuationis, ſed ſunt æſtimatio, vel precium vſus ſortis conſumptæ cum damno creditoris: Iam vero nec ius diuinum vult alium iuuare cum damno & detrimento ſuo; nec vult quenquam lucrum capere ex pecunia aliena cum iactura & detrimento proximi eam mutuantis.

Tum quia ordinata charitas & dilectio Chriſtiana incipiat à ſeipſa; Et quiſque proximum ſuum diligere debeat vt ſe ipſum, non vero magis, quam ſe ipſum.

Quocirca ſi quæſtum certum facere potui pecunia, quam mutuo tibi dedi, aut occaſione pecuniæ, tibi mutuo datæ, damnum aliquod incurro non eſt iniquum, improbum aut iuri diuino contrarium, me huius damni aut lucri ceſſantis aliquam recompenſationem petere.

Vſuræ porro punitoriæ iuri diuino contrariæ non ſunt. Illis ſiquidem mora debitoris, ſolutionem ſine iuſta cauſa differentis & ſubterfugientis, creditoremque eludentis punitur, coercetur efficiturque ne mora moroſi debitoris detrimento cedat.

Hoc vero, moram, quæ delictum eſt, puniri & coerceri efficique ne quid detrimenti proximus capiat ex mora & delicto debitoris, non repugnat iuri diuino, non charitati Chriſtianæ, non denique proximi dilectioni. Hinc recte & eleganter dicit Weſenbecius in paratit *leg. de vſur. numer. 9.* Duas eſſe cauſas,

quæ

Digitized by Google

quæ punitionis vſuras ſuſtineant; Vnam â parte creditoris præſumptum damnum, quod patitur dum ipſi ſua die & iuſto tempore pecunia non ſoluitur: Alteram à parte debitoris, moram videlicet, quæ cum delictum ſit *leg.* 44. *ff. mandat.* merito puniri debeat.

Reſtat proinde vt ſi qua vſura diuino iuri aduerſatur, ea ſit vſura lucratoria. At nec hanc præceptis diuinis quicquam contrariari, dummodo ſe intra modum legitimum contineat, expeditum eſt: Nuſpiam enim ſacræ prohibent literæ ex pecunia noſtra qua proximo ſuccurimus eumque in neceſſitatibus iuuimus, ſine eius damno lucrum capere, proinde ſi quis otioſam haberet in arca iacentem pecuniam, qua alias non indigeret, nec vſurus eſſet, indigenti & roganti amico eam crederet, an non honeſte bonaque conſcientia vſuras capere poſſet, quoniam illas ſine vllo proximi & debitoris damno caperet: pecunia quippe iſta ſi debitor centum aut ducenta lucraretur, quid iniqui foret ſi viginti aut quadraginta pro hoc humanitatis officio exigerent in recompenſationem præſtiti mutuationis officij? Etſi hoc iniquum foret, eadem vtique ratione dicendum & illud foret iniquum & verbo Dei contrarium quod pro vſu ædium, prædiorum aliarumque rerum quibus ipſi vſuri non eſſemus, & è quibus etiam alias nullum omnino lucrum aut commodum percepturi eſſemus, aliis eas vſui dantes mercedem accipimus: At hoc cum nemo exiſtimet cum charitate Chriſtiana verboque Dei pugnare, cur obſecro cum verbo Dei & Charitate Chriſtiana pugnare diceretur, quando pro vſu pecuniæ quæ alias nobis otioſa foret, aliquid ab iis quibus eam credidimus accipimus?

Non igitur obſtant ſacræ ſcripturæ dicta quæ ſupra in contrarium ſunt adducta, Intelligenda quippe ſunt de illis vſuris per quas Charitas & dilectio proximi offenditur, quæ premunt & prægrauant proximum eundemque opprimunt: Carolus Molin. *tractatu de vſuris numero nono, & ſequent.* Hugo Donellus *in tractat. de vſur. cap.2.*

Et quanquam iſtam reſponſionem reprehendat & reiiciat Iohannes Borchold. *in tractatu de vſur. capit. primo, numero tertio*, propterea quod diſtinctio iſta à verbis ſacræ ſcripturæ ſit aliena, quibus tamen omnino inhærere oporteat; quo tamen minus retinere iſtam diſtinctionem & ad loca ſupra adducta applicare nulla omnino prohibet vel ratio, vel religio.

Etenim Chriſtus *Matth. 22.* docet totam legem diuinam habere hæc duo præcepta, vt Deum diligamus ex toto corde & proximum ſicut nos ipſos, & addit in illis duobus præceptis contineri legem & Prophetas: proinde ſuperiora ſcripturæ loca vſuras prohibentia neceſſario ſecundum hæc duo præcepta intelligi debent de illis vſuris quæ pugnant cum dilectione proximi, ita vt eas exigere vel accipere à proximo non liceat: Vnde ſequitur viciſſim vt quicquid à proximo ſine eius læſione & iniuria accipitur, id etiam ſine legis diuinæ offenſa capiatur: Et conſequenter cum verbo Dei non pugnet ſine iniuria & damno proximi vſuras ab eo accipere.

Et ſane *dicto capitulo 22. Exod.* non prohibet vſuras exigere, ſed prohibet vſuris opprimere proximum. Igitur improbat vſuras eas quæ opprimunt proximum: illæ vero vſuræ quæ ſine ipſius damno, ſine offenſa, iniuria & læſione ab eo exiguntur eum non opprimunt.



Digitized by Google

Deut. 23. expreſſe ſermo eſt de vſuris quæ proximum rodunt, qualis eſt illa duntaxat quæ coniuncta eſt cum incommodo & iniuria proximi: vſuræ idcirco illæ quæ proximum non rodunt, nec cum eius incommodo ſunt coniunctæ prohibitæ non cenſentur.

Ita quoque intelligendum eſſe *Pſalm.* 15. verba Hebraici textus ſatis euincunt.

Non etiam dictum Chriſti. *Luc.* 6. ad rem quicquam facit: Recte enim Donellus reſpondet, Chriſtum, quando ait, mutuum date nihil inde ſperantes, non præcipere de mutuo aut vſuris non recipiendis vel non exigendis, ſed ſolum præcipere vt mutuum demus ſub hac conditione etiamſi nihil ſperemus nos recepturos, neque ex ſorte, neque ex vſuris: ſed etſi pauper noſter proximus petat à nobis mutuum, ne ei denegemus, ſi dare poſſimus, neque auertamus faciem noſtram ab eo, etiamſi metuamus ne non poſſimus ab eo recuperare propter eius paupertatem.

Et ſane niſi hoc admittetur, ſed dictum Chriſti de vſuris non recipiendis accipietur, conſequens erit verbis Chriſti quod nec ipſam ſortem recipere & repetere liceat. Quod contrarium erit verbis Apoſtoli, qui ſic aliis non commodare & prodeſſe vult, ne nobis ſit afflictio. *2. Corinthior. 8.*

Quæſt. 3. *an vſura iure ciuili ſint prohibita.* Iure etiam ciuili vſuras eſſe licitas, vix dubium eſſe poteſt: ſatis quippe ſuperque hoc teſtantur tum integri tituli qui de vſuris extant in pandectis & codice, tum etiam quod Iuſtinianus Imperator vſuris certam conſtituit modum, intra quem ſeſe continere deberent in *l. 26. C. de vſur.*

Nec huic refragatur quod in *Nouella 131. capitul. 1.* Iuſtinianus Imperator cauet vt regulæ quatuor Conciliorum quæ ibi enumerantur vim legis obtineant inter quæ etiam ſit Concilium Nicenum: Sancimus, inquiens vicem legum obtinere ſanctas eccleſiaſticas regulas, quæ à ſanctis quatuor Conciliis expoſitæ ſunt aut firmatæ, hoc eſt, in Nicena trecentorum & octo & in Conſtantinopolitana ſanctorum centum quinquaginta patrum, & in Epheſia prima, in qua Neſtorius eſt damnatus & in Chalcedonia in qua Eutyches cum Neſtorio anathemazatus eſt, prædictarum enim quatuor Synodorum dogmata ſicut ſanctas ſcripturas accipimus & regulas, ſicut leges obſeruamus.

Iam vero Niceno Concilio prohibitæ ſunt vſuræ vt refertur in *cap. quoniam diſtinct. 47.* cuius hæc ſunt verba: Ne ij, qui ſunt ſub regula conſtituti, id eſt, qui munere eccleſiaſtico funguntur, vel deſtinati ſunt muneribus eccleſiaſticis, qui verbo græco Clerici vocantur, vſuras centeſimas accipiant vel quid aliud negocientes turpis lucri gratia. Quod ſi deprehendatur contra facere, vt clero eiiciantur. Ex quo videtur inferendum & concludendum quod, etſi iure Pandectarum & Codicis vſuræ prohibitæ non ſint, iure tamen Iuſtinianeo nouiſſimo omnino prohibitæ ſint.

Sed hoc, vt dixi, plane non refragatur noſtræ ſententiæ: Nam primo reſpondet Didacus Gouarruv. *3. variar. reſolut. cap. 1. numer. 5.* ex hoc quod Iuſtinianus quatuor admiſit concilia Eccleſiæ Catholicæ & vt Sacroſancta ſtatuta eaſeruari iuſſit, non recte colligi quod ipſe vſuras reprobet, quæ per concilia damnentur ſiquidem id ex tacita Cæſaris lege deducatur, quæ eiuſdem expreſſis conſtitutionibus non deroget. Deinde, ait, quamuis Iuſtinianus ſua conſtitutione approbet Concilia, non tamen propterea cenſeri ea prohibere, quæ concilia prohibent & damnant: ſiquidem

quidem & Lex Euangelica præcipiat obtemperandum eſſe prælatis & Romani pontificis Conſtitutionibus,& tamen non omnium quæ Romanorum pontificum decretis prohibentur, lege diuina prohibita eſſe, vt conſtet de eſu carnium,qui licet iuſtiſſima lege pontificia prohibitus ſit quibuſdam certis dieb. non tamen lege diuina & præcepto diuino vetitum cenſeri.

Hugo Donellus ad *Authent. Ad hæc.C. de vſur.* reſpondet, obſeruandum eſſe canonem *d. c. quoniam.diſtinct.47.* pertinere ad eos, qui auaritiam ſuam & turpia lucra exerceant; ſiquidem hæc ſit præfatio eius canonis: Deinde eum deinceps prohibere accipere aut exercere vſuras: ſubiici poſtremo, *turpis lucri gratia.* Quibus verbis prohibeantur non vſuræ omnes, ſed turpes duntaxat quæ cum iniuria & damno proximi ſint coniunctæ: Deinde ait Donellus, vſuras non prohiberi omnibus, ſed perſonis duntaxat Eccleſiaſticis; adeoque conſtitutionem & prohibitionem iſtam eſſe perſonalem, quæ ad alias perſonas porrigi nequeat. Non quod id, quod in eccleſiaſticis turpe eſt & contra legem Dei non ſit etiam turpe in aliis, ſed quia vſuræ prohiberi videntur in eccleſiaſticis magis propter exemplum perſonæ, quam propter rem ipſam. Nam qui ſua luce aliis prælucere debent, merito ab illis ſanctimonia vitæ maior exigitur, ne proximos ſuos malis exemplis euertant,quos bonis exemplis ædificare debebant: Et quædam in illis prohiberi quæ in aliis non ſunt inhoneſta, argumentum eſt,quod prohibentur mercaturam exercere & militiam, qui ſunt aliis actionibus deſtinati, iuxta dictum Apoſtoli quod nemo militans Deo implicare ſe debeat negociis huius ſeculi.2. *Timot.2.* quamuis conſtet neque negotiationem, neque militiam exercere in aliis turpe: Concludit itaque Donellus in *dicta Nouella* Iuſtiniani nihil proponi, ex quo vſuræ prohibitæ dici poſſint.

Addi & hoc poſſet *in dict. capitul. quoniam. diſtinct. 47.* non in genere quaſuis prohiberi vſuras, ſed centeſimas duntaxat, quas & antea iure ciuili prohibitas fuiſſe ſatis conſtat, & etiamnum non admitti niſi certis quibuſdam caſibus ſpeciali ratione exceptis.

Conſtat proinde ex his quod iure ciuili vſuræ regulariter non ſint prohibitæ ſed permiſſæ.

De iure Canonico dubitatur: Hoc quippe iure vt illicitas & improbas interdici vſuras conſtans eſt ICtorum, Canoniſtarum præſertim, opinio, *capitul. 1. & 2. extr. de vſur. capit. ſeditionariis capitul. Non licet. diſtinct. 46. capitul. in ciuitate de vſuris.* Quæſt.4. *An vſura iure Canonico licita & permiſſa ſint?*

Veruntamen Carolus Molineus de vſuris *num.155.* ſtatuit iure Canonico vſuras non prohiberi, ſed fœnus duntaxat improbum, turpe lucrum & vitium ſiue exceſſum vſurarum illicitum.

Verum textus iuris canonici apertiores ſunt, quam vt hac ratione eludi poſſint: Nam in *capit. conſuluit.10. extr. de vſur.* omne id quod præter vel ſupra ſortem accipitur. in *verb. vt licet omni conuentione ceſſante, plus tamen ſorte recipiat.*

Illud facilius largirer Molineo, iure canonico non omnes vſuras prohiberi, ſed lucratorias ſolum,quæ ſpecialiori nomine fœnus appellantur: De his enim diſerte loquitur *d. c. conſuluit*, vt etiam cæteri textus pontificii iuris. Reliquæ vſuræ,compenſatoriæ,inquam, & punitoriæ nuſpiam reperiuntur in iure canonico prohibitæ, permiſſæ proinde cenſentur *arg. cap. prim. & 2. de oper. nou. nunciat. capit. cum expediat. in pr. de elect. in ſext.* Quæſt.5. *Quidnā differant vſura & fœnus?*

Vſura porro duplex eſt: Alia compenſa

penſatoria quæ generis ſui nomen ſemper retinet, atque vſura in ſpecie appellatur: Alia quæſtuoſa quæ proprio & ſpeciali nomine fœnus dicitur: Inter vſuram vero & fœnus haſce differentias tradunt Interpretes.

1. Vſura reſpectu creditoris ad id, quod intereſt compenſandum: Fœnus autem ad lucrum duntaxat & quæſtum creditoris comparatum & inſtitutum eſt.

2. Vſura in pœnam moræ à debitore, poſt interpellationem commiſſæ infligitur *leg. decima ſeptima, §. ſi pupillo ff. de vſur. & mora leg. 17. ff. de doli except.* Fœnus etiam ſine interpretatione & mora ex ipſo die commiſſæ ſtipulationis debetur *leg. 9. §. primo, dict. leg. 17. ff. de vſur.*

3. Vſura ex nudo pacto peti poteſt: Fœnus regulariter non niſi ex ſtipulatione *leg. 24. ff. de præſcript. verb. l. tertia, Codic. de vſur.*

4. Vſuræ natura eſt vt non niſi ex bonæ fidei contractibus debeatur; ſed propter æquitatem etiam ad quædam ſtricti iuris iudicia ſit producta, veluti ad actionem ex teſtamento *lege trigeſima quarta, ff. de vſur.* Fœnus autem tantum ex mutui contractu, vel potius ex ſtipulatione mutuo ſubiuncta debetur. Franciſcus Hotomannus *ad titul. de vſur. numero ſeptimo, & in diſputat. de vſur. cap. 1.*

## RESOLVTIO THESIS; *Secunda.*

Lit. A. FOEnus dicitur eſſe acceſſionem ad ſortem creditam: Hotomannus definit fœnus quod ſit lucrum, quod propter cauſam mutui certis temporibus exigitur: Lucrum idcirco dicitur quia lucri tantum & quæſtus ex mutuo faciendi inſtitutum eſt, quaſi pecuniæ vſus locaretur: Non vero ad id quod creditoris intereſt compenſandum, neque ad debitoris moram puniendam: Additur, propter cauſam mutui, quoniam nulla alia niſi mutui & creditæ pecuniæ cauſa fœnus exigitur, non quidem ex ipſa mutui conuentione, ſed ex noua obligatione ſubiectæ ſtipulationis.

Cum itaque fœnus neque ob moram debitoris puniendam, neque ob intereſſe creditoris compenſandum, ſed propter lucrum duntaxat creditoris exigatur, ideo huic conſequens eſt vt etiam ſine vlla mora & antequam creditoris quicquam interſit pecuniam habere, ſtatim à die contractus currere incipiat *leg. ſi ita quis 195. ff. de verbor. obligat.*

Fœnus rurſus diuiditur in Terreſtre & Nauticum: Nauticum illud dicitur quod de Nautica, ſiue traiectitia pecunia præſtatur: Dicitur vero Nautica pecunia, ſiue traiectitia quæ negociatori alicui mutuo datur, mare traiecturo ita vt, ſalua naui ſors vna cum vſura redditur: Naufragio facto, & ſors & ſpes lucri creditori pereat, *lege prima, ff. de Naut. fœnor. leg. prima, Codic. eod.* Franciſcus Hotomannus *in epitom. iuris. tit. de Naut. fœn.* Lit. B.

Hinc intelligitur traiectitiam pecuniam duas res proprias habere quibus à cæteris pecuniis mutuis ſeparatur. 1. Quod pecunia traiectitia trans mare vehenda datur: vnde & nomina huius pecuniæ & vſuræ pro ea pecunia debita: Nam quæ trans mare vehitur eadem traiicitur, & traiicitur & mari & nauibus itemque operis nautarum: Hinc igitur à traiiciendo dicta & traiectitia, à nauibus & nauigio nautica *lege tertia, ff. de Nautico foen.* à mari maritima. *lege foeneratori. eodem titulo.* Quapropter ſi in aliquo portu

portu pecunia fuerit mutuo data ita vt ibi cõſumeretur ad merces emendas, vel alias res, pecuniam traiectitiam non eſſe, & ideo pro ea maius communibus vſuris fœnus non deberi: niſi fortaſſis ea pecunia merces emantur & conuenerit vt hæ merces veherentur trans mare periculo creditoris: tunc enim pro traiectitia pecunia merito habebitur & nauticum fœnus pro ea debebitur.

2. Alterum quod ad pecuniam traiectitiam & de ea præſtandum fœnus nauticum requiri diximus, eſt quod periculo creditoris pecunia iſta vehitur id quod proprium eſt huius mutui pecuniæ traiectitiæ: Nam in mutuo pecunia fit accipientis & ob hanc cauſam ſi pecunia perierit, debitoris eiuſdem domini, periculum eſt, non autem creditoris. *§. 2. Inſtit. quib. mod. re contrahit. obligat. l. vlt. Cod. de Nautic. fœn. l. Incendium Codic. ſi cert. petat.* Quapropter ſi nauis perierit & pecunia cum naui, poſtquam peruenerit in locum trans mare deſtinatum, nulla ſit petitio aduerſus debitorem, neque de ſorte, neque de vſuris. *dict. leg. fœneratori Digeſt. de Nautic. fœn.* Donellus.

Quæſt. 6. *An olim pecunia nautica infinitas vſuras ſtipulari licuerit.*

Atque ob hanc ipſam cauſam, quia pecuniæ traiectitiæ periculum ad creditorem ſpectat, permiſſum olim erat fœnus in infinitum, & immenſas vſuras ſtipulari; id quod teſtatur Paulus Iuriſconſultus *2. recept. ſentent. Pauli. tit. 14.* vbi *traiectitia*, inquit, *pecunia propter periculum creditoris, quandiu nauis nauigat infinitas vſuras recipere poteſt*: Nec enim vſura nautica pro vſu pecuniæ, ſed pro periculo potius, quod ſuſtinet creditor præſtari ſolet *leg. periculi precium. Digeſt. de Nautic. fœnor.*

Veruntamen; quod nec olim pro nautica ſiue traiectitia pecunia vſuras infinitas & immenſas ſtipulari licuerit, probari videtur textu *leg. 4. Digeſt. de Nautic. fœn.* Sic enim illic Papinianus Iuriſconſultus: Pro operis, inquit, ſerui traiectitiæ pecuniæ gratia ſecuti, quod in dies ſingulos in ſtipulatum deductum eſt ad finem centeſimæ, non vltra duplum debetur. Vult proinde Papinianus quod nauticum fœnus ad finem, hoc eſt, ad modum centeſimæ vſuræ ſtipulari debeamus, nec illud hunc modum excedere potuerit; & ita falſum erit quod olim fœnus nauticum quis immenſum & infinitum ſtipulari potuerit.

Iacobus Cuiacius vt hanc tolleret è medio contrarietatem ſtatuit Tribonianum iuris noſtri compilatorem verba iſta ad finem centeſimæ vſuræ addidiſſe ac textui inſeruiſſe; ex Iuſtiniana Imperatoris conſtitutione, qua, vt mox dicetur, cauit ne centeſimas vſuras excedere poſſet nauticum fœnus.

Sed tamen poſtmodum idem Cuiacius *lib. 5. obſeruat. 38.* hanc conciliationem reprobat eamque ſibi non placere oſtendit, ac proinde ita ad *dict. leg. 4.* reſpondet: in eius *paragraph. pro operis.* non tractari de vſuris pecuniæ traiectitiæ; nec negari eam centeſimas vſuras excedere poſſe, ſed agi duntaxat ibi de pœna, quam creditor nauticæ pecuniæ pro operis & ſumptibus ſerui vel liberti ſimul cum debitore nauigantis & pecuniam nauticam ſua die cum vſuris repetentis ſtipulari ſolebat; & hanc pœnam ad finem centeſimæ vſuræ deberi, nec eam excedere poſſe aſſerit Papinianus.

Franciſcus Duarenus *lib. 2. diſputat. anniuerſ. capit. 3.* ſcribit: adductam *l. 4.* deſumptam eſſe ex libro tertio Reſponſorum Papiniani, & in ea ſpecie de qua conſultus ibi reſponderit; centeſimam promiſſam fuiſſe quæ tempore Papiniani vſitata fuerit, quamuis maiorem in traiectitia pecunia licuerit: Ac proinde Papinianum Iuriſconſultum ad iſtam

facti ſpeciem ſeſe accommodando de centeſima vſura reſpondiſſe.

Sed mihi Altera Cuiacij conciliatio apertiſſima & ad textum *d.l.4.* accommodatiſſima eſſe videtur.

Quocirca de quantitate nautici fœnoris ſic ſtatuendum cenſeo eam olim & ante Iuſtinianum Imperatorem fuiſſe indefinitam indeterminatam & licuiſſe creditoribus pecuniæ traiectitiæ infinitas & immenſas vſuras ſtipulari.

Veruntamen Imperatoris Iuſtiniani conſtitutione, quæ extat in *l. eos. 26. §. 1. verſic. in traiectitiis. Cod. de vſur.* ius hoc emendat & cauet ne fœnus traiectitiæ pecuniæ centeſimas vſuras excedat; in traiectitiis, inquiens, contractibus vel ſpecierum fœnoti dationibus vſque ad centeſimam tantummodo licere ſtipulari nec eam excedere, licet veteribus legibus hoc erat conceſſum.

Cæterum quod ſupra dictum fuit ante Iuſtinianum Imperatorem vſuram pecuniæ traiectitiæ infinitam & immenſam licuiſſe ſtipulari, at pœnam, quam creditor pecuniæ nauticæ pro operis & ſumptibus ſerui vel liberti, ſimul cum debitore nauigantis & pecuniam nauticam ſua die cum vſuris repetentis, non potuiſſe centeſimam vſuram excedere, *dict. leg. 4. paragraph. pro operis. Digeſt. de Nautic. fœn.* hoc ita Papinianus porro reſtringit vt pœna iſta duplum ſortis excedere non debuerit: ita enim verba habent *dict. leg. 4. ad finem centeſimæ, non vltra duplum debetur:* Sed Franciſcus Hotomannus *5. obſeruat.* 17. reſtrictionem hanc abſurdam eſſe ſtatuit & verba hæc *Non vltra duplum*, tollenda arbitratur; idque hac de cauſa quia illa pœnæ ſtipulatio pro operis ſerui, quibus dominus carebat non modo non vltra duplum, ſed ne ad duplum quidem vſque deberi poſſit: Non vltra duplum, quia centeſima ſortem non adæquat niſi quarto poſt octo annos menſe, quandiu nunquam poſt repertam nauigandi artem quiſquam ſeruus in expectanda poſt diem periculi pecunia & debitore affectando cunctatum fuiſſe: Non ad duplum quia fraus legibus vſurariis fieret, quæ certum vſuris modum præſcripſerunt, quem per ſtipulationem pœnæ vice vſurarum præſtandæ excedere non licet *l. Iulianus. 13. paragraph. ibidem. Digeſt. de act. empt. l. pecuniæ. 9. l. pœnæ. 44. Digeſt. de vſur. l. 15. Codic. eod. tit.* Quocirca arbitratur Horomannus; cum Papinianus ſcripſiſſet *Ad finem centeſimæ debetur*, vel Tribonianum, vel alium linguæ latinæ non minus imperitum, ſubaudiuiſſe *penſionis*; eoque errore verba prædicta *Non vltra duplum*, textui inſeruiſſe. Veruntamen hæc omnia partim in coniectura conſiſtunt, partim nimis violenta ſunt, vtpote textus lectionem conſtantiſſimam emendantia.

Nauticum porrò fœnus duplex eſt, *proprium* & *improprium*: *proprium* dicitur vſura, quæ ex nautica ſiue traiectitia pecunia percipitur vt quando ita do pecuniam mercatori mutuam vt eam trans mare periculo meo veheret ita vt ſi cum naue ſaluus redierit pecuniam vna cum vſuris redderet, ſi nauis perierit cum pecunia nihil neque pecuniæ, neque vſurarum reciperem. *Improprium* fœnus nauticum appellatur vſura quæ percipitur ex pecunia quæ non nauigat, nec trans mare vehitur periculo tamen creditoris alicui mutua datur; vt cum piſcatori do pecuniam, ea lege vt retia & alia; quæ ad piſcaturam neceſſaria ſunt, ea comparet mihique pecuniam cum vſuris reddat, ſi piſces ceperit, ſin nullos ceperit, nihil reddat: hoc fœnus impropriè nauticum dicitur quia non percipitur ex pecunia quæ nauigat periculo creditoris, ſed percipitur ex pecunia, quæ alias periculo creditoris eſt. *Lit. D.*

De

Digitized by Google

Quæſt. 7. *Quanā vera ſit ſententia l. 5. ff. de Nautico fænori?*

De hoc improprio nautico fœnore Scæuola Iuriſconſultus in *l. periculi pretium. 5. Digeſt. de Nautico fœnore.* ita ſcribit: *Periculi pretium eſt, & ſi, conditione, quamuis pœnali non exiſtente, recepturus ſis, quod dederis, & inſuper aliquid præter pecuniam ſi modo in alea ſpeciem non cadat, veluti ea, ex quibus conditiones naſci ſolent vt ſi manumittas, ſi non illud facias, ſi non conualuero &c. Nec dubitabis, ſi piſcatori erogaturo in apparatum, plurimum pecuniæ dederim, vt ſi cepiſſet; redderet, & Athletæ, vnde ſe exhiberet exerceretque, vt ſi vіciſſet, redderet.*

Hinc intelligitur in omnibus cauſis, in quib. conditio quæuis adiecta eſt, qua exiſtente aut non exiſtente, pecuniam creditor recepturus eſſet, contraria aut non exiſtēte pecuniam creditor amiſſurus eſſet, vſura nautica exigi poſſit, eadē videlicet de cauſa, ob quam fœnus iſtud de traiectitia vel nautica pecunia ſtipulari permittitur, quia videlicet periculum pecuniæ creditæ in ſe recipit creditor atque ita fœnus iſtud non tam ſit vſus pecuniæ merces quam pretium periculi.

Cæterum ſuperius Scæuolæ reſponſum non vna, ſed pluribus difficultatibus & abſurdis laborare videtur.

1. Nam primò initium illius pugnare videtur cum exemplis quæ Scæuola de piſcatore & Athleta adfert: Nam illis exemplis dicitur pecuniam, quæ piſcatori vel Athletæ credita eſt cum vſuris nudo pacto promiſſis reddi vbi conditio extitit, hoc eſt piſcator piſces cepit vel Athleta vicit: At in principio legis dixerat Scæuola etiam conditione non exiſtente, recipere me poſſe pecuniam, quam piſcatori vel Athletæ dedi, & inſuper aliquid præter pecuniam, id eſt, poſſe me etiam conditione non exiſtente, cum pecunia, quam dedi, recipere vſuras pecuniæ nudo pacto promiſſas.

2. Altera abſurditas, ſiue difficultas in Scæuolæ reſponſo hæc eſt, quod Scæuola vult me pecuniam, quam piſcatori vel Athletæ dedi cum vſuris recipere poſſe, etiam conditione non exiſtente, hoc eſt ſi piſcator piſces non ceperit vel Athleta non vicerit, & tamen affirmat Scæuola hoc periculi pretium eſſe: Nullum autem in me recipio periculum, quando conditione non exiſtente piſcatore nullos piſces capiente, Athleta non vincente, pecuniam cum vſuris nihilominus recipio.

3. Tertia difficultas & abſurditas naſcitur ex eo quod Scæuola hanc conditionem pœnalem appellat, ſi piſcator piſces ceperit, vel Athleta vicerit, cum tamen pœnalis non ſit, cum vſura hoc caſu non propter moram piſcatoris non ſoluentis, infligitur, pœna autem dicatur ea, quæ propter moram debitoris, ſua die debitum non ſoluentis infligitur *leg. 40. Digeſt. de rebus credit.*

4. Quarta difficultas conſiſtit in illis verbis, ſi modo in aleæ ſpeciem non cadat, quibus verbis videtur Iuriſconſultus Scæuola aleam expreſſe improbare: Et tamen, hoc attento, in fine legis docet, valere conuentionem, quando piſcatori do pecuniam ea conditione, vt ſi piſces ceperit, pecuniam cum vſuris reddat, quæ res in aleæ ſpeciem cadit: Vt ita Scæuola videatur aleam probare & reprobare, ſibique manifeſtiſſime contradicere.

5. Quinta abſurditas deprehenditur in illis verbis ex quibus conditiones naſci ſolent, conditiones non naſcuntur, ſed adſcribuntur, iniiciuntur, imponuntur, dantur rebus.

Has difficultates quo euitaret Borcholdus, *in tractatu ſuo de Nautic. fœn. c. 2, nu. 23.* emendat Florentinam *d. l. 5.* lectionem & pro his verbis, quamuis pœnali non exiſtente, legit quamuis non



Digitized by Google

promiſſæ fuerint attendẽdum eſt, vtrum conuentio iſta, ſiue iſtud pactum in continenti fuerit contractui adiectum, an vero ex interuallo interpoſitum; vt priori caſu vſuræ ſic debeantur ex pacto iſto, vt etiam exigi & peti poſſint: poſteriori vero caſu, ſolutæ quidẽ retineri poſſint, non ſolutæ vero exigi & peti nõ poſſint.

Ratio autem huius diſtinctionis obſcura non eſt: Pactum quippe in continenti contractui adiectum, ei ineſt, legem ipſi dat & nouam formam, paritq; actionem ciuilem & efficacem, qua ad id agi poſſit quod iſto pacto promiſſum eſt *l.7.§.5.& 6.ff.de pact.l.13.C.eod.tit.* Pacta vero quæ ex interuallo contractui ſubijciuntur, non inſunt contractui nec pars eius efficiuntur, ſed nuda manent, & conſequenter actionem ad petendum id, quod promiſſum eſt, non pariunt *d. l.7.§.5.*

Quæſt. 8. *An pacta ſtricti iuris cõtractibus de vſuris præſtandis adiecta, pariant actionem?*

Sed vtrum quod dictum eſt de vſuris per pactum in continenti adiectum contractui promiſſis, in contractibus quoque ſtricti iuris locum habeat, dubitatur? propterea quod pacta etiam in continenti contractibus ſtricti iuris adiecta, illis non ineſſe cenſeantur *l. 7. §. 5. ff. de pact. l. 13. C. eod. l.6.C.ſi cert.pet. l. 3. ff. de reſcind. vendit. l. ſi tibi. 17. ff. de pact. l. Rogaſti. §. ſi tibi. ff. de reb.credit.* Veruntamen quod pacta contractibus ſtricti iuris in continenti adiecta inſint, actionemque pariant verior eſt ſententia, quam & ſupra *volum.1.diſp.6. theſ.* 10. prolixius confirmaui contrariæ Negantis ſententiæ fundamentis remotis.

Equidem non deſunt qui arbitrentur pactum vſurarium hoc ſpeciale & ſingulare habere vt contractibus in continenti adiectis non inſit, nec actionem pariat, quam in ſententiam inclinat etiam hic noſter Author, & mouentur ſequentibus fundamentis.

1. Quia in *l. 3. C. de vſur.* diſerte pronunciare videntur Imperatores, vſuras pacto promiſſas peti non poſſe, nec aliter vſuras peti poſſe, quam ſi ſtipulatione fuerint promiſſæ: Impp. verba hæc ſunt: *Quamuis vſuræ fœnebris pecuniæ citra vinculum ſtipulationis peti non poſſint, tamen ex pacti conuentione ſolutæ neq; vt indebitæ repetuntur, neq; in ſortem accepto ferendæ ſunt.* Ecce hic diſerte traditur ex pacto quo vſuræ promiſſæ ſunt non peti, ſed ſolutas duntaxat retineri poſſe: proficit itaque non ad petitionem, ſed tantum ad retentionem.

2. Idem plane colligendum & inferendum videtur ex *l. 6. C. ſi certum petat.* vbi negatur pactum de fœnore præſtando ineſſe mutuo, quod ſtricti eſt iuris, & ad agendum prodeſſe.

3. Clarius & magis perſpicue hoc proponitur in *l.17.pr.ff.de pact.* Nam ibi Paulus Ictus in hæc verba ſcribit: ſi tibi decem dem & paciſcar vt viginti mihi debeantur, non naſcitur obligatio vltra decem, re enim non poteſt obligatio contrahi, niſi quatenus datum eſt.

4. Et in *l.Rogaſti.11.§.1.ff. de reb. credit.* vbi Vlpianus: *Si tibi dedero decem ſic vt nouem debeas; Proculus ait, & recte, non amplius te ipſo iure debere, quam nouem; ſed ſi dedero vt vndecim debeas; putat Proculus amplius quam decem condici non poſſe.* Hic pactum vſurarium mutuo plane inutiliter adijcitur, tantum abeſt vt adiectum efficax eſſe debeat ad pariendam & producendam actionem.

Veruntamen huic opinioni ſubſcribere non poſſum propterea quod pactum vſurarium ſtipulationi, quæ ſtricti eſt iuris *l.5.§.fin.ff.de in litem iurand.* adiectum, ad producendam actionem idoneum ſit, ſatis euincat *l. 40. ff. de reb. credit.* in caſu enim illic propoſito pactum de vſuris pœnæ loco certis & diſtinctis vicibus factum eius dicitur eſſe efficaciæ vt vſuræ perinde peti & exigi poſſint, ac ſi ſtipulatione promiſſæ fuiſſent.

Deinde cum & alia pacta contractibus ſtricti iuris inſint & actionem pariant, quando in continenti adijciuntur, ratio ſane nulla penitus dari poteſt, quare pactum de præſtandis vſuris illis ineſſe nequeat.

Non moueor adducta *l. 3. Cod. de vſur.* Loquitur enim de pacto vſurario contractui mutui in continenti non adiecto. Deinde habet hoc ſingulare præ cæteris contractibus mutuum quod pactum de vſuris præſtandis non admittit: Cuius ſingularitatis ratio obſcura non eſt, ſed ab ipſo etiam Icto Paulo *in dict. l. 17. ff. de pact.* indigitata quod nempe re contrahatur reique traditione perficiatur effectumque ſortiatur, idcirco vltra id quod datum eſt non intelligatur eſſe contractum.

Deinde poteſt & hæc dari huius ſpecialitatis ratio quod mutuum ſua natura ſit gratuitum idcirco iſtud pactum quo pro officio mutuationis aliquid promittitur, naturæ & eſſentiæ mutui aduerſari videtur; Cuiuſmodi pactum cum ad deſtruendum & euertendum contractum mutui ſpectet non poteſt eius ingredi ſubſtantiam, ei ineſſe atque ex illo actionem producere.

Hæc ratio manifeſte deficit in contractu ſtipulationis proinde ad eam ſuperiores adductæ leges, de mutui contractu eidemque adiecto vſurario pacto in ſpecie concepta accommodari non poſſunt & alias etiam notum eſt quod ab vna ſpecie ad aliã mala fiat argumentatio, nec ſtatim quod ab vna remouetur ſpecie, idem quoque ab altera eiuſdem generis ſpecie negetur aut remoueatur.

Non aduerſatur huic *l. quicquid. 99. ff. de verbor. obligat.* vbi dicitur quicquid in ſtipulatione palam verbis expreſſum non ſit, illud pro omiſſo haberi debeat. Ex quo videtur ſtatuendum quod ſi de vſurarum præſtatione nihil in ſtipulatione fuerit dictum, tum, etſi de ea pactum in continenti ſubiiciatur ſtipulationi, pro omiſſa tamen eam haberi.

Etenim nonſolum illud ſtipulatione & alio quouis contractu ſtricti iuris palam expreſſum cenſetur, quod promiſſor ſtipulanti ad ſtipulationem eius reſpondit ac reſpondendo promiſit, verum & illud quod per pactum in continenti appoſitum inter vtrumque conuenit *l. 40. in verb. Dicebam, quia pacta in continenti facta ſtipulationi ineſſe creduntur, perinde eſſe ac ſi per ſingulos menſes certam pecuniam ſtipulatus, quo ad tardius ſoluta eſſet, vſuras adiecisſet. ff. de reb. credit. l. 4. §. 3. in verb. cum conueniſſet vt, donec vſuræ ſoluerentur, ſors non peteretur, & ſtipulatio pure concepta fuiſſet, conditionem ineſſe ſtipulationi atq; ſi hoc expreſſum eſſet. ff. de pact.* Et ſane id, quod inter contrahentes ſtatim & in continenti pacto placuit, in ipſo contractu reuera palam & verbis expreſſum eſt; quoniam id ingreſſu contractus expreſſum fuit *l. 7. §. 5. ff. de pact.* & in initio, ſiue exordio contractus *l. 5. C. de pact. inter emptor. & vendit.*

Quocirca ſtatuendum eſt vſuras nudo pacto citra ſtipulationem promiſſas peti & exigi poſſe, ſi modo contractui pactum illud in continenti ſit adiectum; Nec referre quicquam bonæ fidei, an vero ſtricti iuris ſit contractus: Vnico excepto mutuo, cui ob rationem adductam pactum vſurarium ineſſe nequit.

Verum enim vero cum ex pacto duntaxat in continenti adiecto contractui vſuræ peti & exigi poſſint non iniuria nec ſine cauſa quæritur quodnam pactum dicatur in continenti contractui adiectum, maxime cum hoc etiam inter iuris interpretes controuerſum ſit? Quæſt. 9. *Quodnam pactum dicatur in continenti adiectum contractui*

Etenim Hugo Donellus *ad l. 13. C. de pact.* ea pacta dicit in continenti contractui adiecta, quæ antequam contractus perficeretur, in ipſo ingreſſu contractus

inque

inque primo contrahentium congreſſu atque in initio, ſiue exordio contractus fiunt. Vt autem ſic ſtatuat, ſequentibus mouetur argumentis.

1. Pacta in continenti facta dicuntur in ingreſſu contractus eſſe facta *l.* 7. §. 5. *ff. de pact.* atqui in ingreſſu contractus ea fieri dicuntur, quæ fiunt contractu nondum perfecto.

2. Pacta in continenti adiecta dicuntur initio contractus fieri *l. initio. Cod. de pact. int. empt. & vendit.* At contractus tunc habet initium cum perficitur, necdum perfectus eſt.

3. Dicuntur inſuper in negotio gerendo fieri *in l. paciſci. ff. de pact.*

4. At hæc pacta, quæ fiunt ex interuallo & quæ fiunt poſtea, opponuntur illis pactis, quæ fiunt in continenti: Atqui ex interuallo & poſtea fieri dicuntur quæ contractu iam perfecto fiunt.

5. Denique pacta quæ in continenti adijciuntur, pars ſunt contractus: Atqui non poſſent pars eſſe contractus, ſi contractu demum perfecto inita eſſent.

Veruntamen contraria opinio ad veritatem propius accedere videtur, quod nempe ea pacta in continenti fiant, quæ fiunt cōtractu iam perfecto & abſoluto.

2. Adde quod pacta in continenti contractibus adiecta dicuntur in continenti ſubſecuta *d. l.* 7. §. 5 *ff. de pact.* At ſubſequi contractum illud dicitur quod fit contractu iam tum perfecto.

Reſpondet quidem Donellus *in dict.* §. 5. ea pacta dici ſubſequi, non quæ contractum perfectum ſequantur ſed quæ initium & ingreſſum contractus primumque contrahentium congreſſum quo de re inter contrahentes agi cœpit.

Sed reuera hæc ſolutio diuinatoria eſt & in mera conie ctura conſiſtit, nec proprie poteſt dici contractum ſubſequi, quod initium contractus & primum contrahentium congreſſum & tractationem ſubſequitur, cum nec initium cōtractus & primus iſte congreſſus atq; tractatus proprie contractus dici queat.

3. Accedit huic quod pactum in continenti factum dicitur ſtipulationi ſubiectum. At ſtipulationi ſubiectum dici non poteſt, quod ſtipulatione nondum perfecta factum eſt.

4. Inſuper pactum iſtud quod in continenti factum eſt dicitur perinde haberi ac ſi in ipſa ſtipulatione comprehenſum fuiſſet *l.* 40. *ff. de reb. credit.* Atqui ipſa ſtipulatione reuera non eſſet comprehenſum ſi pactum in ingreſſu ſtipulationis adiectum fuiſſet.

5. Poſtremo *in l.* 4. *ff. de pact.* proponitur ſtipulatio pure eſſe facta, cui per pactum in continenti adiecta eſt conditio: At pure concepta non eſſet, ſi in initio & ingreſſu ipſius & non demū ſtipulatione cōcepta & pfecta, conditio eſſet adiecta.

Non refragantur ſententiæ huic argumenta Donelli ſupra adducta: Non *primum* vt nec *ſecundum*: ſiquidem non quidem negatur quod pacta, quæ in ingreſſu contractus ſunt facta recte dicantur in continenti facta; ſed tamen & illa, quæ contractu perfecto ſtatim ſubiiciuntur, recte dicuntur in cōtinenti facta, per textus pro noſtra ſententia ſupra adductos. Deinde licet ea pacta non ſint in ingreſſu contractus facta, quæ poſtea in continenti ſubijciuntur, perinde tamen iuris interpretatione habentur, ac ſi in ipſo contractu facta eſſent, ciuili nempe iuris fictione.

Ad *Tertium* reſpondeo: in ipſo negotio & illud factum recte dici, quod fit ſtatim & in continenti poſt negotium perfectum: Sic enim & Authoritas tutoris, quæ in ipſo negotio, à pupillo gerendo, interponenda dicitur §. 2. *I. de auctoritat. tut. l.* 9. § 5. *ff. eod.* non interponitur niſi perfecto negotio *l.* 25. §. 4. *ff. de acquir. hereditat.*

Ad *quartum* reſpondetur, fictione quadam iuris ciuilis fieri vt pacta, quæ

in continenti facta ſunt, perinde habeantur, ac ſi in ipſo contractu, eoq; nondum perfecto addita fuiſſent *d. l. 4. in fine. ff. de pact. d. l. 40. ff. de reb. credit.* vnde & pars contractus dicuntur.

Ad *quintum* & vltimum reſpondetur pacta, quæ in continenti ſunt facta, & pacta quæ poſtea, ſeu ex interuallo ſunt ſubſecuta ſibi inuicem non opponi: Sed pacta quæ in continenti *ſubſecuta* ſunt, & pacta quæ ex interuallo. Vnde colligitur quod pacta ex interuallo non dicantur ea, quæ contractu perfecto ſunt facta, ſed quæ contractu perfecto longiori mora atque interuallo interpoſito, ſubiecta ſunt.

Pacta vero in continenti facta, quæ quidem & ipſa poſt contractum perfectum, ſed in continenti & ſtatim ſubſecuta ſunt.

Etſi porro, vt ex prædictis liquet, vſuræ citra ſtipulationē nudo pacto promiſſæ peti non poſſint, recenſentur tñ regulæ huius quædam exceptiones, quibus etiā ex nudo pacto vſuræ debentur, & ita debentur, vt etiam peti & exigi poſſint. *Primus* eſt, ſi non pecuniæ numeratæ, ſed aliarum rerum, in quantitate conſiſtentium, veluti frumenti, vini, olei & conſimilium vſuræ pacto fuerint promiſſæ: *Secundus*, quando vſuræ argentariis pacto ſunt promiſſæ. *Tertius* quando vſuræ traiecticiæ pecuniæ nudo pacto promiſſæ ſunt. *Quartus* quando ciuitatibus vſuræ pacto nudo ſunt promiſſæ. Sed de his caſibus ordine diſpiciamus.

Et quidem quod ad priores duos attinet; certum & indubitatum eſt quod ex pacto de vſuris argentario dandis vt & ex pacto de vſuris frumenti, vini, olei &c. præſtandis actio naſcatur: Nam de vſuris argentario promiſſis textus eſt in *Nouella 136. cap. 1.* cuius verba ita habent: proinde ſicubi tale pactum fiat, licitum ipſis eſto tam principalem debitorem, quam mandatorem & fideiuſſorem atque alias perſonas CONVENIRE vt quidem nullum pactum adſcriptum ſit, penitus & in ipſis valeat conſtitutio. Si pacta vero adſcripta ſint, ſimul formam & regulam addant contractui, ſimul exinde inferetur exactio. Et de pacto vſurarum frumenti, vini, olei &c. Alexander Imperator *in l. 12. Cod. de vſuris*, ita ſcribit: *Frumenti vel hordei mutuo dati acceſſio, etiam ex nudo pacto præſtanda eſt.*

Sed vtrum hæc pacta ideo pariant actionem quia ſunt Imperatorum conſtitutionibus effecta legitima, an vero idcirco potius quia in continenti ſunt mutui contractui adiecta, expeditum ſatis non eſt. Qu. 10. *An pactum de vſuris frumenti, hordei olei &c. præſtandis ſit legitimum?*

Qui ſtatuunt hæc pacta eſſe legitima, ſequentibus rationibus & fundamentis vtuntur: 1. Quotiens, inquiunt, pactum aliquod lege quadam vel Imperatoris conſtitutione ad hoc confirmatur vt actionem pariat, totiens pactum iſtud legitimum eſt effectum *l. legitima. ff. de pact.* Iam vero pacta de quibus diſſerere nunc cœpimus ſunt ad hoc Imperatorum Conſtitutionibus confirmata, vt cum alias per ſe ſint nuda & ad producendam actionem inefficacia, actionem parerent: prout liquet ex modo adductis Iuſtiniani & Alexandri Conſtitutionibus *d. ct. Nouell. 136. & d. l. 12.* ſequitur proinde quod ſint pacta legitima.

2. Porro pactum de vſuris frumenti, vini olei &c. vt & pactum de vſuris argentario præſtandis vocatur NVDVM PACTVM *dict. l. 12. & dict. Nouel. 136.* Atqui pacta legitima vt alibi fuit demonſtratum, ſunt pacta nuda: At pacta in continenti contractibus adiecta non ſunt nuda *l. 7. §. 5. ff. de pactis.* Igitur prædicta pacta actionem pariant, quia legitima ſunt, non vero quia mutuo ſunt in continenti adiecta.

3. Ex

3. Exceptio inſuper ſemper debet eſſe de regula: Atqui *lex* 12. *C. de vſur.* continet exceptionem *d.l.3. C. eod.* in qua lege regula proponitur, nõ de pacto contractibus adiecto, ſed de nudo pacto. Proinde conſequens huic eſt quod nec *d.l.* 12. non de pacto contractibus in continenti adiecto, ſed de nudo legitimo pacto loquatur.

Cęterum quod pacta de vſuris argentario præſtandis & pactum vſurarum olei, frumenti, vini, &c. actionem pariant, non quia ſint legitima, ſed quia mutuo in continenti ſunt adiecta, verius eſt & hiſce rationibus confirmatur.

1. Illud pactum dicitur legitimum, quod lege aliqua ſpecialiter ad hoc confirmatur, vt ciuilem obligationem & exinde actionem producat *l.6. ff. de pact.* Iam vero nullibi legitur prædicta pacta ſic nominatim & expreſſe confirmata fuiſſe vllius Imperatoris conſtitutione ad producendam actionem, vt mox perſpicue demonſtrabitur.

2. Accedit quod vſurarum iſtarum non poſſit tanta eſſe vtilitas, vt contra regulam iuris publici actio earum potius, quàm aliarum nomine ex nudo pacto detur.

3. Denique cum vſuræ ſint omnium rerum maximæ odioſæ, veriſimile non eſt, voluiſſe Imperatores in earum gratiam à regula juris in tantum deflectere ac recedere, vt de iis ex pacto nudo, nulli etiam contractui adiecto, actio competeret.

His ita ponderatis, non eſt difficilis reſponſio ad contraria diſſentientium fundamenta.

*Ad primum* enim reſpondetur nõ protenus pactum legitimum eſſe dicendum ſi de effectu eius Imperator aliquis reſcripſerit, alioquin hodie infinita forent pacta legitima, ſed neceſſarium eſſe vt reſcripto nominatim iubeantur eſſe legitima, atque vi reſcripti valere & robur obligandi habere. At nihil tale in adductis Conſtitutionibus habetur; ſed Imperatores ſimpliciter declarant, quod pacta iſta hunc vigorem habeant vt actionem producere valeant, vi nempe ipſius contractus, cui accedunt.

*Ad ſecundum* quoque facilis eſt ſolutio: Pactum nempe de vſuris frumenti, vini, olei, &c. itemque pactum de vſuris argentario præſtandis in adductis legibus appellitari nuda reſpectu ſtipulationis. Cum enim lex eſſet de vſuris, quod vſuræ non niſi ſtipulatione promiſſæ peti poſſint, *l.3. C. de vſur.* ideo vt in prædictis cauſis intelligeretur ſtipulationem non eſſe neceſſariam, ita ſcriptum fuiſſe: Frumenti vel hordei mutuo dati acceſſio etiam ex nudo pacto præſtanda eſt: vt ita *in d.l.* 12. nudum intelligatur illud pactum, cuius confirmandi cauſa ſtipulatio ſecuta non fuit. Et ſanè quod pactum de vſuris argentario debitis valeat ad actionem, non qua legitimum, ſed qua contractui adiectum, ſatis dilucide oſtendit Iuſtinianus *in d. Nou.* 136. *c.1.* vbi diſertè loquitur de pacto contractui adſcripto, quod contractui ſimul formam & regulam contractui addat & ſimul exinde inferatur actio.

*Ad tertium* & vltimum reſpondetur etſi *d.l.* 12. accipiamus de pacto contractui adiecto, optime tamen ad regulam *d.l.3.* quadraret: Illic enim regula proponitur ſtipulatione duntaxat vſuras promiſſas peti & exigi poſſe, non etiam promiſſas pacto: Exceptio vero huius regulæ ſubiicitur *in d.l.* 12. hæc: Niſi pactum de vſuris frumẽti, hordei, &c. fuerit mutuo in continenti adiectum. Relinquitur proinde veriſſimum quod pactum de vſuris argentario præſtandis, itemq; de vſuris frumenti, vini, olei, &c. proſit ad actionem pariendam, & ideo pariendam, quia cõtractui mutui in continenti adiectum eſt: Nec putandum eſt otioſam eſſe hanc quæſtionem, quia pluri-

mum intereſt vtrum dicamus prædictum pactum parere actionem, quia eſt legitimum; An vero, quia eſt mutuo in continenti adiectum: ſi enim prius ſtatuimus pariet pactum iſtud actionem ſiue mutuo adiiciatur in continenti, ſiue ex interuallo; imo etſi plane non adiiciatur: Sin vero poſterius non aliter producet actionem, quam ſi mutuo adiiciatur & quidem in continenti adiiciatur.

De vſuris pecuniæ ciuitati debitæ, quod etiam nudo pacto promiſſæ peti poſſint, textus eſt *in L.30. ff. de vſur.* cuius hæc ſunt verba: *Etiam ex nudo pacto debentur ciuitatibus vſuræ creditarum ab eis pecuniarum*; vbi verbum *debentur* ciuiliter & cum pleno effectu, ita vt vſuræ debeantur iure ciuili ex nudo pacto ſic vt peti & exigi queant. Sed hoc tamen ad vſuras creditarum pecuniarum reſtringendum, nec ad vſuras pecuniæ ex aliis, quantumuis bonæ fidei cōtractibus debitæ porrigendas recte monet Donellus *in tract. de vſur. c.3.*

De vſuris deniq; traiectitiæ pecuniæ, quod ex nudo etiam pacto peti poſſint textus eſt *in L.7. ff. de Nautic. fœn.* ita quippe Paulus illic ſcribit: In quibusdam contractibus etiam vſuræ debentur, quemadmodū per ſtipulationem: Nam ſi dederim decem traiectitia, vt, ſalua naui, ſortem cum certis vſuris recipiam, dicendum eſt poſſe me ſortem cum vſuris recipere.

Ait noſter Treutlerus, in hiſce iudiciis etiam per retentionem pignoris vſuras ſeruari poſſe. Senſus hîc eſt, ſi ſors, in quam pignus erat obligatum, reſtituta & ſoluta fuerit, pignus nihilominus pro vſuris retineri, hoc eſt, tandiu retineri poſſe vſq; dum vſuræ quoq; ſolutæ fuerint.

Ita quippe Imperatores Seuerus & Antoninus *in L.4. C. de vſur.* ſcribit: per retentionem pignoris etiam vſuras ſeruari poſſe, de quibus præſtandis conuenit, licet ſtipulatio interpoſita non ſit, merito conſtitutum, & rationem habet; cum pignora conuentione pacti etiam vſuris obſtricta ſint. Quibus verbis innuunt Impp. pignus non tantum pro ſorte in quam obligatum erit retineri, ſed &, ſorte ſoluta, in vſuras retineri poſſe, ſed hoc tamen ita, ſi etiam pro vſuris pignus obligatum fuerit. Alioquin certe retineri pignus non poſſet; Nam pro quo obligatum non eſt, quo prætextu retineretur.

Cæterum pignus in vſuras obligatum & acceptum dicitur non modo quando nominatim conuenit, vt pignus etiam pro vſuris eſſet obſtrictū, verum etiam quando pignus in ſortem datum eſt nulla vſurarum mētione facta: Tunc enim pignus tacita quoq; conuentione in vſuras obligatum & acceptum intelligitur. Traditum hoc eſt à Pomponio ICto *in L. ſi neceſſarias. §. vlt. ff. de pignorat. act.* vbi ait: Ex pactione venire, hoc eſt vendi poſſe, non ſolum ob ſortem non ſolutam venire poterit, ſed etiam ob cætera, veluti vſuras & quæ in id impenſa ſunt. Hîc quando Pomponius ait pignus ob vſuras vendi poſſe, perſpicuè ſignificat, pignus ſimpliciter datum non modo datum eſſe propter ſortem, ſed etiam propter vſuras & idcirco pignus vendi poſſe non ſolum ob ſortem non ſolutam, verumetiam ob non ſolutas vſuras, quando conuenit vt non liceret pignus vendere.

Quæſt. II. *An pignus in ſortem obligatum cenſeatur quoq; in vſuras obligatum eſſe?*

Sed huic aduerſari videtur textus *in L. ſolutum. §. ſi in ſortem. ff. de pignorat. act.* vbi Vlpianus ſtatuit, pignus tantum in ſortem obligatum pro vſuris retineri non poſſe. Veruntamen ille textus ad propoſitum nō pertinet, nec nobis quicquam aduerſatur quandoquidem expreſſe de eo loquitur caſu quo pignus in vſuras duntaxat obſtrictum erat: Tunc autem pignus dicitur in vſuras duntaxat obligatum, quando nominatim & expreſſe conue-

conuenit vt pro ſorte & non etiam pro vſuris obſtrictum eſſet: Cæteroquin ſi hoc apertè dictum nõ fuerit pignus non ſaltem pro ſorte, ſed etiam pro vſuris erit obligatum, & niſi hæ quoq; ſolutæ fuerint retineri pignus poterit, quamuis ſors fuerit ſoluta.

Quæſt. 12. *An pignus in vſuras minores obligatum cẽſeatur quoque obligatum eſſe in maiores vſuras, de quibus poſtea præſtandis conuenerit?*

Quod ſi tamen pignus initio in ſortẽ & cõſequenter etiam in vſuras, quæ ſortis acceſſio ſunt, acceptum & obligatum fuerit, ſed poſtea inter creditorem & debitorem, de maioribus vſuris præſtãdis conuenerit, quæſtio eſt vtrum etiam pignus in haſce maiores vſuras obligatum cenſeatur & pro illis retineri poſſit?

Negant hoc Imper. *in d. l.* 4. *C. de vſur.* vbi ita reſcribunt: Sed enim in cauſa, de qua agis, hæc ratio ceſſat, ſiquidem tempore cõtractus de minoribus vſuris petendis cõuenit, poſtea autem cum ſe debitor præſtaturum maiores promiſit, nõ poteſt videri rata pignoris retentio, quãdo eo tempore, quo inſtrumenta emittebantur, non conuenit vt pignus etiam ad hanc adiectionem teneatur.

Ratio etiam huius ſatis eſt perſpicua quam etiam haud obſcurè Impp. *in d. l. 4.* indigitant. Nam vt pro vſuris pignus retineri poſſit, neceſſum eſt vt etiam pro vſuris pignus iſtud obligatum ſit: Atqui in propoſito caſu pro vſuris maioribus non erat pignus obligatum, quod initio in ſortem & vſuras minores erat acceptum: Nam fundus pignori datus erat in ſortem & in minores vſuras, de quibus initio conuenit: In maiores autem vſuras pignori datus non eſt, quia tunc cum de maioribus cõuenit nihil dictum fuit de pignore, nec poteſt res aliqua pignori obligari, de qua vt pignori eſſet, nihil cõuenit. *l. Areſto. quæ res pign. obligar.* Cui ſanè omnino eſt conſequens, creditorem, in propoſito, maiores vſuras quamuis pacto promiſſas, per retentionem pignoris ſeruare non poſſe.

Veruntamen ſentẽtiæ huic veriſſimæ videtur primo obſtare, quod quę in prę cedentibus dicta ſunt inter aliquos, ea in ſequẽtibus repetita intelligantur: ſiquidem in contrahendo quæ in præfationibus concipiuntur ea in ſtipulatione ſubiecta repetita creduntur. *l. Titius* §. 1. *de verb. oblig.* Sic & in teſtamentis legata ab inſtituto relicta, à ſubſtituto repetita intelliguntur *l. licet. ff. de legat.* 1. ita etiam in leg. bꝰ quod prioribus capitibus expreſſum eſt, id in ſequentibus ſuppletur. Quocirca pignus quod in ſortem & vſuras priores obligatũ eſt, in vſuras maiores poſteriores repetitum videtur, quamuis de eo aperte nihil conuenerit.

Sed bene ad hoc reſpõdet Donellus: quæ prius dicta ſunt in ſequentibus repetita cenſeri, ſi id actum fuerit, ſi id etiam dicentibus placuerit: Sin vero id aperte non appareat placuiſſe, nunquam repetita intelligi idq; ait maximè ſtatuẽdum eſſe in contractibus & in ea ſpecie, de qua nunc agitur, de quibus ſic omnino ſit ſtatuendum: Qui ſe vel res ſuas in aliquam cauſam obligauit, nunquam ſe vel res ſuas in aliam cauſam, obligationem eandem repetiiſſe intelligi: idq; optima ratione, quoniam in negotiis gerendis & contrahendis nulla eſt obligatio ſine contrahentium conſenſu. *l. 1. §. 1. ff. de pact.* At debitor qui ſe aut res ſuas in vnam cauſam obligauit, nunquam exiſtimandus eſt ſe aut easdem res in aliam cauſam obligaſſe: Nam omnes exiſtimantur ita eſſe affecti vt nolint facile iactare ſuum; ac proinde nolint obligari, niſi vbi aperte voluerunt. *l. cum de indebito. ff. de probat.* Vnde in iure etiam in obſcuris & ambiguis, ſemper id ſequimur quod minimum eſt. *l. ſemper in obſcuris. ff. de reg. iur.* Quapropter cum in propoſito debitor fundum ſuum obligauerit in ſortem & vſuras minores, non obligauerit in ſortem & vſuras maiores aperte, id eſt, aliam cauſam de qua poſtea conuenit.

Poſſet

Poſſet etiam cum Sichardo reſponderi, prædicta procedere in iis, quæ in continenti, non vero in illis, quæ ex interuallo ſunt ſubiecta, niſi forte materia ſit fauorabilis, vt materia dotis *l. inter ſocerum. §. cum inter. ff. de pact. dotal.*

Obſtare inſuper noſtræ ſententiæ videtur etiam *l. vnic. Cod. etiam ob Chirograp.* Illic enim ſtatuitur vt ſi debitor duas ſummas diuerſas creditori debeat, quarum in vnam pignus obligauerit, alteram debeat Chirographariam, hoc eſt, ſine pignore, nihilominus pignus à creditore retineri poſſe, non tantum in eam ſummam, in quam pignus obligatum erat, ſed etiam in alteram ſummam Chirographariam, id eſt, eam, quæ ſolo chirographo ſine pignore debetur. Et ſi igitur in caſu noſtro maiores vſuræ deberentur ſine pignore, ex hac tamen conſtitutione *d. l. vnic.* pignus nihilominus in eas vſuras maiores retineri poterit.

Sed & huic obiectioni ſatisfacit Donellus, dicens *d. l. vnicam.* locum habere tunc demum, quando Chirographaria pecunia, in quam pignus retinetur, vere debetur, id eſt, ita debetur vt peti poſſit, & debitor cogatur ſoluere, qualis eſt ea, quæ mutuo data eſt, quo exemplo vtuntur etiam Impp. *in d. l. vnic.* Idq; etiam dilucide probatur *l. 5. §. 1. verſ. ſed ſi forte. & verſic. ſequent. ff. de ſolut.* vbi dicitur, ſi debitor ſimpliciter pecuniam ſoluerit, eam pecuniam non poſſe retineri niſi in vſuras, quas debitor cogebatur exſoluere, in eas autem quæ ex pacto debentur, non poſſe retineri. Quod ſi ipſa pecunia vltro iam ſoluta non poteſt retineri in vſuras pacto debitas, multo minus pignus in eas vſuras retineri poterit, vbi in eas vſuras pignus obligatum videtur; cum plus ſit reuera ſoluere, quam pignus dare.

Concludit & infert ex prædictis noſter Author; in ſtrictis iudiciis vſuras ex mora non deberi niſi conuentione fuerint promiſſæ quamuis nec ex conuentione ciuiliter debeantur vt peti poſſint, niſi cõuentio iſta ſtricti iuris contractui in continenti fuerit ſubiecta.

Sed hic dubium ſuboritur maximũ, vtrumne vſuræ, nudo pacto promiſſæ, ſi longiſſimo tempore præſtitæ ac ſolutæ ſint, ciuiliter debeantur, ſic vt peti etiam poſſit debitorque ad eas in poſterum etiam præſtandas compelli valeat? Quæſt. 13. *An vſur. ex pacto nudo debita ciuiliter debeantur, ſi lõgiſſimo tẽpore ſint præſtita?*

Pro affirmatiua ſententia, quod præſtatio longi temporis vſurarum, inducat obligationem ciuilem ac neceſſitatem præſtandarum in poſterum etiam vſurarum inprimis facere videtur textus *in l. cum de in rem verſo. ff. de vſur.* vbi ſcriptum eſt, Imperatorem iudicaſſe vſuras ab hærede defuncti eſſe ſoluendas hoc ipſo, quod defunctus eas vſuras per longum tempus præſtitiſſet; quibus verbis ſignificari videtur, vſurarũ præſtationem, ſi longo tempore præſtitæ ſint, inducere earum vſurarum obligationem; aut ſi obligationem non inducit, ſaltem inducere eius obligationem, vt præſumantur debitæ per ſtipulationem, quas debitor tot annos præſtitit.

2. Confirmatur inſuper eadem ſententia etiam *l. fin. Cod. de fideicomm.* in qua traditur hæredem, qui fideicommiſſum per triennium præſtitit, in poſterum id recuſare non poſſe.

Cæterum contraria opinio, quod longi temporis vſurarum præſtatio obligationem ciuilem non inducat, nec neceſſitate obſtringat debitorem ad eas vſuras in poſterum etiam præſtandas, verior, benignior & melior eſſe videtur eaq; confirmatur primo per textum *in l. 7. C. de vſur.* vbi Imperator Anton. Ariſteo ita reſcribit: *Creditor inſtrumentis ſuis probare debet quæ intendit & vſuras ſe ſtipulatum, ſi poteſt: Nec enim ſi aliquando ex conſenſu præſtita ſunt, obligationem conſtituunt.*

2. Idemq;

Digitized by Google

2. Idemq; confirmant quoq; Impp. Dioclet.& Max. *in l.28. C. de pact.* Leontio in hæc verba reſcribentes: *Si certis annis quod nudo pacto conuenerat, datum fuerit, ad præſtandum in poſterum indebitum ſolutum obligare non potuit eum qui pactum fecit, niſi placitis ſtipulatio interceſſerit.*

3. Et huius ſententiæ rationem non diſſimulat Imp. *in d.l.7.* Nam in negotiis gerendis nulla contrahitur obligatio ſine conſenſu *l.1.§.1. ff de pact.* Non autem ſi quis præſtat ſæpius ideo conſentire intelligitur, ſeq, in id obligare vt idem in perpetuum præſtet deinceps: Quid enim prohibet me hodie dare aliquid, & ſæpius, quia libeat, aut quia putem mihi commodum eſſe nunc id facere, non quia velim de ea re obligari. Et quid ſi per errorem quis longo tempore vſuras ſoluiſſet: quia error non habet conſenſum *l.2. de iudic.* ideo ad vſuras in poſterum etiam ſoluendas non obligaretur. Quin etſi debitor ſolueret vſuras ſciens & eo animo vt perpetuo eas præſtaret, non tamen exinde obligaretur ciuiliter ſic vt earum vſurarũ præſtationem compelli poſſet, repugnante vſurarum conditione & iure, quia vſuræ nulla conuentione citra vinculũ ſtipulationis in ſtrictis iudiciis deberi poſſunt. *l.3. C. de vſur.* Nec tali præſtatione vlla induceretur ſtipulatio.

His non aduerſantur argumenta in cõtrarium adducta: Etenim ad primum ex *d.l cum de in rem verſo.* reſpondet Cuiacius eumq; ſecutus Iohan. Borchold. *in tract. de vſur. c.3. num.56.* non hanc ibi eſſe ICti ſententiam quod præſtatio diuturna inducat obligationem, cum tempus non ſit modus inducendæ obligationis, ſicut nec finiendæ *l. obligationem. §.1. ff. de Oblig. & Act.* ſed quod ſit modus duntaxat probandæ & præſumendæ obligationis & ſtipulationis.

Veruntamen hanc reſponſionem recte improbat Donellus 1. Quia plane non cõgruit textui *d. l. cum de in rem verſ.* Quandoquidẽ ibi non proponitur eum, ſecundum quem dicitur pronunciatum eſſe vſuras ipſi deberi, prætendere ex ſtipulatione ſibi eas debitas, & ad id probandum allegare longi temporis pręſtationem, ſed hoc ſolum dicitur, Imperatorem ideo vſuras ſoluendas iudicaſſe, quod eas pater longo tempore præſtitiſſet; adeoq; ſolam iſtam rationem habuit, quod longo tempore præſtitæ eſſent, non etiam quod ex ſtipulatione debitæ fuiſſent.

2. Quia plane non ſequitur; longo tempore præſtitit vſuras; Igitur vſuras ex ſtipulatione præſtitit: Igitur vſuræ ex ſtipulatione debentur. Quia debitor poteſt vſuras diu ſoluere multis aliis de cauſis, quam quod ſtipulatione debitæ eſſent: Fieri enim poteſt, vt ideo ſoluerit, quia pactus erat, & bona fide agnoſcere voluit: Fieri etiam poteſt, vt omnino indebitas ſoluerit, ideo vt eblandiretur fauorem creditoris, ne ille pecuniam celerius repoſceret, quam debitor vellet; Fieri deniq; poteſt, vt vſuras ideo præſtiterit, quia errore iuris vel facti ductus putauit ſe iure ad vſuras pręſtandas obligatum eſſe: ita præſtatio vſurarum ſine ſtipulatione eſſe poteſt. Quare præſtatio diuturna vſurarum idoneam probationem promiſſarum vſurarum non continet. *l. Natales C. de probat.* Accedit his etiam quod *in d.l.7. C. de vſuris.* ei, qui vſuras ſibi propter diuturnam præſtationem in perpetuum præſtandas aſſerit, iniungitur vt probet ſe vſuras ſtipulatum easq; per ſtipulationẽ ſibi promiſſas fuiſſe. At hoc non fieret, ſi pro ipſo præſumptio promiſſarum vſurarum ex diuturna pręſtatione emergẽs, militaret. Deniq; ſi quis non longo tempore, ſed paucioribus annis vſuras præſtitit non tamen proprerea præſumuntur vſuræ ſtipulatione promiſſæ, prout ipſe quoq; Cuiacius ingenuè profitetur



Digitized by Google

& probat dilucide *d.l.7.C.de vſur.* quæ itaque ratio eſſet, quod lõgi temporis præſtatio induceret vſurarum præſumptionem? Quocirca, miſſa hac Cuiacij & Borcholdi reſponſione, exiſtimo *d.l.cum de in rem verſ.* recte à Donello & Duareno ſic accipi, quod ibi non fuerit quæſtio vtrũ vſuræ ſtipulatione fuerint promiſſæ & ex ſtipulatu ciuiliter debeãtur, vt quas à filiofam. vel ſeruo promiſſas ſtipulatione certò conſtabat, ſed id ſolum ibi quæritur vtrumne ipſam pecuniam deberet pater, tãquam in rem ſuam verſam & vtrumne principalis obligatio ad eũ ſpectet? Et dicitur ibi quod quia pater vel dominus diu præſtitit vſuras eius pecuniæ, vſuras, inquam, à filio vel patre per ſtipulationẽ promiſſas ipſum hoc declaraſſe ꝗ pecuniam filio creditã agnouerit in rem ſuam eſſe conuerſam; & proinde ipſe ſortem iſtam debeat ac pro ea vſuras præſtare in poſterum velit.

Non etiam refragatur *d.l.1.C. de fideic.* Nam ibi mater eademq; hæres annuum legatum, ſiue fideicõmiſſum indebitum per triennium præſtando obligatur vt in perpetuum pręſtet, quia filij ſui voluntatem ſecuta eſt & agnouit: iudiciumq; agnoſcendo oſtendit ſibi in animo eſſe id in perpetuum præſtare, quia hæc voluntas & hoc iudicium defuncti fuit, vt ita præſtaretur: Quæ agnitio in legatis ſufficit ad obligationẽ: Nam quisquis heres voluntatem defuncti circa legata ſeu fideicommiſſa, ſeu libertates agnoſcit, quamuis voluntas iure non valuerit tamen implendæ voluntatis neceſſitate obſtringitur *l. Non dubium. C.de teſt.* Hæc autem ratio in debitore aperte deficit: Non enim vſuras ideo per tot annos ſoluit, vt id faceret perpetuo, aut conuentionem agnoſceret, nec ſi agnoſceret iure obligari poſſet *l.3. C. de vſur.* & ſupra demonſtratum id prolixius fuit.

Quæſt.14. *An vſuræ in ſtrictis iudiciis debeantur ex mora iudiciali?* Illud quoque valde controuerſum & dubium eſt, vtrum vſuræ in ſtricti iuris iudiciis debeantur ex mora iudiciali, quę per litis conteſtationem contrahitur.

Affirmandum hoc multis videtur. Nam primo *in l. lite conteſtata 35. ff. de vſur.* diſerte ICtus ſcribit: *Lite conteſtata vſuras currere*: & ne quis fortaſſis putet eam legem de bonæ fidei contractibus intelligẽdum eſſe, obſeruari debet quæſtionem iſtam, vtrum in contractibus bonæ fidei ex mora iudiciali, quę per litis conteſtationem contrahitur, vſuræ debeantur? Iam tum ſatis apertè definitam eſſe. *in l.32.§.2.ff.de vſur.* Nam illic Marcellus indiſtincte & generaliter ſcribit: *In bonæ fidei contractibus ex mora vſuras deberi*: Atqui per litis conteſtationem iudicialemque interpellationem moram contrahi certum & expeditum eſt. Vult proinde Marcianus, quod in bonæ fidei iudiciis vſuræ debeantur à tempore litis conteſtatæ per quam iudicialis contrahitur mora. Veriſimile proinde non eſt hác eandem quæſtionem denuo mouere & decidere voluiſſe iuris compilatores *in d.l. lite 35. ff. de mora.* & cõſequenter ea lex de iudiciis ſtrictis neceſſario intelligi debet.

2. Accedit huic quoque exemplum fructuum, quos conſtat à tempore litis conteſtatæ ſtatim deberi: *l. videamus 38. §.2.ff.de vſur.* Iam vero vſuras vicem fructuum obtinere, nec à fructibus ſeparari, pronunciat ICtus *in l.vſura 34. ff. de vſur.* Quocirca vſuræ quoq;, perinde vt fructus, à die litis conteſtatæ deberi incipiunt.

3. Similiter eadem hæc ſententia ſtabiliri non parum videtur *l. cum fundus. ff. de reb.credit.* In qua itidem pronunciatur vſuras deberi in ſtrictis iudiciis à tempore litis conteſtatæ.

Cæterũ ab hac ſententia Doctiſſimi quiq; ICti diuortiũ faciunt; Et meritò: Quod enim vſuræ in ſtrictis iudiciis à tempore litis conteſtatæ vſuræ non debeantur, probat *l. 1. C. de condict. indebit.*

Nam

Nam ibi de ſolutione indebiti, quæ eſt contractus ſtricti iuris. §.28. *Inſt. de actionib.* diſerte negatur vſuras ex ea deberi aliter quam ſi conuentione fuerint promiſſæ.

2. Accedit inſuper quod *in l. 32. §. 2. ff. de vſur.* & mora quæſtio iſta propoſita fuerit, quibus è iudiciis debeantur vſuræ propter moram? Et quæſtionem illic decidat ICtus ſic, vt affirmet in bonæ fidei iudiciis ex mora dicantur vſuræ deberi.

Nec eſt quod quis dicat Marcianum ICtum ſtricti iuris iudicia propterea excludere voluiſſe, cum nec alias vnius incluſio ſoleat alterius eſſe excluſio: Obſeruandum quippe eſt quod eo in loco Marciano non fuerit quæſtio iſta propoſita vtrumne ex bonæ fidei iudiciis ob moram vſuræ præſtādæ ſint: Hoc ſiquidem dubium planè nullum habere poterat eo quod ſatis conſtaret bonæ fidei iudiciorum eam eſſe naturam, vt ex illis omnia quæ bona quæque æqua eſſent, præſtanda venirent. §. *in bona fidei. Inſt. de act.* ſed hanc ipſi quæſtionem fuiſſe decidendam, ex quonam contractu vſuræ eſſent præſtandæ? quam ita decidit vt reſponderit ex bonæ fidei contractu vſuras præſtari oportere: quo ipſo ſatis aperte ſtricti iuris iudicia excluſit.

3. Allegari pro hac ſtabilienda opinione ſolet etiam *l. 3. C. de vſur.* vbi dicitur fœnebris pecuniæ vſuras nō deberi niſi ſtipulatione promiſſæ fuerint. Ex quo concludendum videtur, quod ex mora in ſtrictis iudiciis vſuræ non veniant præſtandæ.

4. Producunt deniq; *l. 24. ff. depoſiti.* vbi cum quæſtio eſſet propoſita vtrum depoſitum an vero mutuum eſſet, quando pecunia depoſita cōuenit, vt tantundem reſtitueretur, reſpondet ICtus ſi ex tali negotio depoſito actio non competat, nec mutui contractus in depoſitum tranſierit, vſuras ex mora præſtandas nō eſſe: Cui rurſus conſequens videtur, quod vſuræ ex bonæ fidei iudiciis ob moram debeantur; ex ſtricti vero iudiciis non item.

Quanquam autē hæc poſteriora duo fundamenta ipſemet infirmiora eſſe agnoſcam, quam vt propoſitam opinionem probare queat: ad eam tamen ſtabiliendam abunde præcedentia ſufficere arbitror.

Contrariæ vero opinionis fundamēta valde lubrica eſſe videntur: Nam quod à fructibus ad vſuras inferunt, id parū admodum cōcludit, quia vſurarum & fructuū, quoad propoſitū, diuerſiſſima eſt ratio, quæ in hoc conſiſtit quod fructus cū ſint naturales rei acceſſiones, ideoq; cauſæ appellatione contineantur, longè fauorabiliores ſint vſuris, quæ ex re alioquin ſui natura ſterili, i. e. pecunia, producatur. Atqui nō eſſent fauorabiliores fructus vſuris, ſi vſuræ ex ſtricti iuris iudiciis æque deberentur à tempore litis conteſtatæ atq; fructus: Ant. Faber. *11. error. pragmat. 1.* Deinde fructus idcirco ex ſtrictis iudiciis à tempore litis conteſtationis debentur, quia in his quoq; cauſa præſtanda eſt, h. e. omne id q̃ habiturus eſſet actor ſi eo tēpore quo lis cōteſtatur res petita reſtituta fuiſſet. *l. 2. de vſur. l. 38. §. ſi action. eod.* Atqui fructus cauſæ appellatione cōtinētur & habere eos fructus, qui à tempore litis conteſtatæ percipiuntur, ſi tunc, quādo egit res ipſi tradita ſeu reddita fuiſſet, quia acceſſiones ſunt fundi naturales & ex fundo percepti ipſi fundo accepto ferēdi ſunt. *l. in fidei cōmiſſariam. 18. ff. ad SC. Trebell.* At hæc ratio in vſuris non obtinet, quia eas cauſam naturalem non habere manifeſtiſſimū eſt, indeque conſequens non eſt habiturum fuiſſe creditorem vſuras, ſi pecuniam tempore litis cōteſtatæ accepiſſet, quia nō ſicut fructus ex fundo, ita ex pecunia vſuræ natura percipiuntur, ſed ex negociatione & iure. *l. ſi nauis. 62. Digeſt.*

*de rei vindic.l.vſura* 121. *ff. de verbor. ſignific.* Anton.Faber. 15. *coniect.* 1. Mala proinde à fructibus ad vſuras in propoſito fit illatio. Nec ad rem pertinet, quod vſuræ dicuntur vicem fructuum obtinere. *d.l.* 35.*ff.de vſuris.* Nam hoc tantum in bonæ fidei iudiciis, itemque in legatis & fidei-commiſſis quæ bonæ fidei iudiciis aſſimilantur non etiam in contractibus ſtricti iuris obtinere, ibidem clariſſime Vlpianus oſtendit.

Sic etiam argumentum ex *d.l.cum fundus* 31.*ff. de reb. credit.* petitum, parum ad rem facere, ex iam dictis relucet: Cauſæ quippe appellatione vſuræ non veniunt: ſiquidē cauſa rei appellatur id omne quod habiturus foret actor, ſi eo tēpore, quo iudicium accipiebatur, reſtituta illi res fuiſſet: *l.preterea.*20.*ff.de rei vindic.* Atqui de vſuris affirmari hoc non poteſt, quod certo eas habiturus fuiſſet actor, ſi pecunia litis conteſtatæ tempore ipſi fuiſſet ſoluta; id quod paulo ante pluribus demonſtratum fuit. Deniq; adducta *l.lite.* 35.*ff.de vſur.* non multum diſſentientibus ſuffragari videtur: Dicit enim, lite cōteſtata vſuras currere; nec addit *in ſtricti iuris iudiciis.* Proinde quibus in iudiciis lite conteſtata vſurę currant aliunde ſumendum eſt, nimirum ex *l.*32.§.2.*ff.eod.* vbi dicitur in bonæ fidei contractibus vſuras ex mora deberi: interpellatione autem iudiciali, quæ fit per litis cōteſtationem, moram contrahi, expeditum eſt & infra oſtendetur proinde ſecundū iſtam *l.*32. §. 2. *d.l.* 35. intelligenda eſt de contractibus bonæ fidei, ſic vt lite conteſtata vſuræ deberi incipiant in bonæ fidei cōtractibus, ſi nempe litis conteſtationem extraiudicialis mora non præceſſerit.

Non equidem me latet Iohannem Coraſium 2. *miſcell.* 7. hanc interpretationem propterea improbare, quia Iuriſconſultus Marc. *in d.l.*32.§. 2. quæſtionem iſtam, *vtrum vſuræ debeantur ex mora in bonæ fidei iudiciis.* iam tum ſatis aperte deciderit, & ideo plane veriſimile non ſit, quod denuo per otioſam & inanem tautologiam eandem quæſtionem *in d.l.* 35. decidere iuris cōpilatores voluerint. Deinde quia quod *in d.l.lite conteſt.* ICtus tradit, quod lite conteſtata vſuræ currāt, id per modum regulę conſtituerit, quam regulam ad caſum, qui nūquam aut perraro euinit, quo litis conteſtationem alia mora non præceſſit, abſurdiſſimum & omnino diuinatorium foret.

Veruntamen hęc ratio Coraſij reſpōſionem modo adductam plane non infringit: Nec enim abſurdum vel infrequens in iure eſt vt id quod de genere primo enunciatur, poſtea de ſpecie pronuncietur & repetatur; ſic igitur cum *in d.l.*32.in genere de mora tradidiſſet Marcianus, quod ex ea in bonæ fidei iudiciis vſuræ debeantur, id de mora iudiciali, per litis conteſtationem contracta in ſpecie aſſeruit Paulus *in d.l.lite conteſtata.*

Deinde, etſi nō facile ad iudicem perueniatur, mora non præcedente *l. in fideicommiſſi.ff. de vſur.* fit tamen interdum & nō adeo raro vt nulla mora contracta, quando nimirum aut nulla extraiudicialis præceſſit interpellatio, aut præceſſit quidem, ſed debitor iuſtam habuit differendæ ſolutionis cauſam, litis fiat conteſtatio, vt dici non poſſit in propoſito regulam *d.l.lite cōteſtata.* ad caſum aut nunquam aut raro euenientem coarctari: Quocirca nihil omnino occurrit, quod impediat *d. l. lite conteſtata.* ad bonæ fidei iudicia reſtringere.

Deinde reſponderi ſolet *d. l.* 35. hoc velle quod lite conteſtata vſuræ quæ prius ex mora extraiudiciali deberi & currere cœperunt procurrant & currere pergant lite conteſtata, nec illarum curſus ſiſtatur. Cum enim litis conteſtatio ſit ſpecies quędam nouationis, vt per quam præcedēs obligatio ex qua actum eſt, nouari ſoleat *l.*20.*ff.de Nouat.l.*3.§.*penult.ff.de pecul.* Ideo videbatur dicendum

quod

quod vſuræ deſinant deberi earumque curſus ſiſtatur litis conteſtatione *l. Nouatione* 18. *l. emptor.* 27. *ff. de Nouat.* ſiquidem principali obligatione extincta, conſequens eſt vt obligatio quoq; vſurarum, quæ nihil aliud eſt quam principalis obligationis acceſſio extinguatur & finiatur. Veruntamen ratione hac non obſtante, reſpondit Paulus, lite conteſtata adhuc currere vſuras minimeque curſum earũ ſiſti qui litis conteſtatio quamuis ſpeciem nouationis habeat, non tamen deteriorem actoris conditionem efficere ſoleat, ſed potius meliorem *dict. l.* 20. *ff. de Nouat.* id quod etiam *in l.* 1. *C. de iudic.* diſerte confirmatur.

Quod porro in vſu iuris currere idem ſignificet quod procurrere & pergere currere, probat *l. bonæ.* §. 1. *ff. de acquir. rer. domin.* vbi dicitur longum ei poſſeſſori, qui poſtea cognouit rem alienam eſſe, pro eo quod prius dixerat ei perſeuerare per longum tempus capionem. Idem quoque perſpicue admodum relucet ex *l. ſi in iudicio.* 23. *ff. de except. rei iudicat.* vbi Ictus Vlpianus cum dixiſſet, vſuras futuri temporis nihilominus cedere, etiamſi ex bonæ fidei iudicio quis ſolas vſuras petierit; ſubijcit quamdiu maneat contractus bonæ fidei, currere vſuras; atque ſic vſuras quas prius dixerat cedere hoc eſt, pergere currere eas nunc dicit currere: Et ſane currit non ſolum qui currere incipit, ſed etiam qui currere pergit ſemelque cœptum curſum continuat. Donellus *de vſur. c.* 3. *circa finem.* Anton. Fab. *decad.* 1. *error.* 2. & 15. *coniect.* 1. Iohannes Borcholt *in tract. de vſur c.* 3. *n.* 51. & *ſeq.* & *in tract. de verb. obligat. c.* 8. *n.* 96. *cum ſequentib.* Pacius *in l.* 3. *n.* 10. & *ſeq. C. de vſur.* Andr. Clud. *in tract. de condict. indeb. c.* 10. *num.* 63. & *ſeqq.* Duaren. *de vſur. c.* 2. Iacob. Cuiac. 14. *obſeruat.* 22. & *ad African. tract.* 5. *in l.* 26. *ff. de vſufruct.*

Quæſt. 15. *An pecunia* Illud quoque valde controuerſum eſt vtrum pecuniæ ita depoſitæ vt tantundem reſtituatur, vſuræ ex mora præſtari debeant? Negandũ hoc videtur 1. Quia huiuſmodi depoſitum tranſit in mutuum: Tum quia conuentio iſta vt tantundem reddatur ex depoſito, egredi dicitur notiſſimos depoſiti terminos *l.* 24. *ff. depoſiti.* Tum quia tali conuentione dicitur in creditum iri *in l.* 31. *ff. locati.* Tum quia diſerte creditum, ſeu mutuum appellatur depoſitum quo permiſſum eſt depoſitario vti pecunia depoſita *l.* 9 *in fin.* & *l.* 10. *ff. de reb. credit.* Tum denique quia ex tali conuentione transfertur dominium *dict. l.* 24. quod ex mutuo & non ex depoſito transferri in accipientem ſolet. Quocirca cum huiuſmodi conuentio vt tantundem ex depoſito reſtituatur, tranſmutet depoſitum in mutuum, idcirco vſuræ pecuniæ ita depoſitæ non debebuntur ex mora, cum ex ſupra adductis liqueat quod pecuniæ creditæ vſuræ ciuiliter non debeantur niſi ſtipulatione promiſſæ fuerint: Naturaliter vero non aliter, quam ſi conuentione ſint promiſſæ *l.* 3. *C. de vſuris.* *ſic depoſita vt tantundem reſtituatur, vſuræ ex mora præſtari debeant?*

2. Quin & ideo vſuræ in caſu propoſito ex mora non debentur, quia *in dict. l.* 24. *ff. depoſiti.* Ictus Papinianus diſerte profitetur ita demum vſuras deberi, ſi de illis præſtandis conuenerit.

3. Eodemque facit textus *in l.* 1. §. 34. *ff. depoſiti.* in quo loco ita Vlpianus ſcribit: Si pecunia apud te, ab initio hac lege depoſita ſit, vt ſi voluiſſes, vtereris: priuſquam vtaris, depoſiti teneberis. Ex quo concludendum videtur quod poſtquam pecunia depoſita vſus fueris ex mutuo tenearis & conſequenter vſuræ non debeantur ex mora.

Cæterum hæc ſententia proculdubio falſa eſt: Nam quod ex depoſito ea lege vt non eadem pecunia in ſpecie, ſed tantundem reſtituatur vſuræ pro vſu pecuniæ ex ſola mora citra vllam conuentionem debeantur, dilucidiſſime confirmat *l.* 25. §. 1. *ff. depoſit.* dum illic in hæc

edicitur vt eâ pecunia vtatur, ſed tacite tantum & per conſequentiam, idcirco manere depoſitum, quia multa quæ non fiunt rite propalam ea fiant rite per conſequentiam & tacito intellectu. Quocirca depoſitum *in dict. l. 24. ff. depoſit.* non conuerti in mutuum quia non conuenerit expreſſe vt depoſitarius pecunia vteretur, ſed ſolum vt tantundem redderet: At *in dict. l. 9. & 10.* depoſitum tranſire in creditum ſiue mutuum quia expreſſe conuenerat vt depoſitarius pecunia depoſita vteretur.

Ad ſecundum quoque argumentum, *ex dict. l. 24. depoſit.* depromptum, non eſt difficilis reſponſio: Nam in ea lege vſuræ ideo præſtandæ non erant, quia nec mora à depoſitario vlla commiſſa fuerat: Ex depoſito quidem vſuræ debentur, ſed ita ſi vel conuentione promiſſæ fuerint, vel mora ſit à depoſitario contracta: At neutrum horum *in dict. l. 24.* interuenerat, vti colligitur ex eo quod dicit Papinianus contra bonam fidem & naturam depoſiti eſſe vſuras à depoſitario exigi temporis ante moram. quocirca ad hoc vt vſuræ debeantur conuentio requiritur quia mora non erat commiſſa.

Ad tertium & vltimum reſpondet Franciſcus Connanus *lib. 7. comm.* 4. textum *in dict. l. 1. §* 34. non ſic accipiendum eſſe, quaſi ab initio depoſiti, poſtquam vſus eſt commodati vel mutui teneatur: quia & poſtquam vſus fuerit depoſiti teneatur quoniam iſta adiectio naturam depoſiti non tollit; ſed hoc, inquit, Vlpianum duntaxat velle quod etiam antequam vſus ſit, repeti res ab eo poſſit actione depoſiti nec iuſte is rem denegaturus ſit domino, quaſi ea nondum ſit vſus. cum hoc ab initio actum non ſit vt vteretur ipſe, ſed depoſiti nomine conſeruaret; Idque primum fuiſſe atque præcipuum quod inter ipſos tractatum fuit, quod vero de rei vſu conceſſum eſt poſtea, præter modum depoſiti fuiſſe.

Mihi dicendum videtur cum Cuiacio in ſpecie iſtius §. 34. aperte & palam conueniſſe vt depoſitario liceret depoſita pecunia vti, quo caſu veriſſimum eſſe deſinere depoſitam eſſe pecuniam, poſtquam mota fuerit *l. 9. & 10. ff. de reb. cred.* At in caſu noſtro non expreſſe conueniſſe vt pecunia depoſita liceret vti, ſed tacite ſolum, tacitam vero conuentionem iſtam non conuertere depoſitum in mutuum *d. l. 24. ff. depoſiti.*

Ex ſtipulatione vſuras promiſſas deberi in omnibus contractibus non modo bonæ fidei, ſed & ſtricti iuris, certum & exploratum eſſe opinor: Nam de ſtipulatione fœnebris pecuniæ hoc diſerte ſcribitur *in l. 3. Cod. de vſur.* Fœnebris autem pecunia dicitur pecunia credita ſeu mutuo data ſub fœnore. nec poteſt hoc vllum habere dubium, modo ſtipulatione vſuræ legitimæ quæque non excedant quantitatem vſuris à legib. præſcriptam, non excedant; quandoquidem contra leges & principum conſtitutiones nulla valet conuentio vel ſtipulatio *l. 7. §. 7. ff. de pact. l. 5. C. de legib.* nec ius publicum pactis priuatorum vllatenus mutari poteſt. *l. ius publicum, 38. ff. de pact.* *Lit. D. & E.*

*RESOLVTIO THESIS Quarta.*

NVnc de modo & quantitate vſurarum videamus: Etſi enim permiſſum olim fuerit vſuras fœnebris pecuniæ ſtipulari, ne tamẽ modum auari creditores & fœneratores excederent; viſum fuit modum quendam vſuris ſtatui & quantitatem certam definiri, vltra quam non liceret vſuras exigere vel ſtipulari: Et quidem olim hic modus præ- *Lit. A.*

ſtitu-

Digitized by Google

ſtitutus erat vſuris vt maximę & grauiſſimæ vſuræ eſſent centeſimæ quibus maiores nemini liceret ſtipulari aut exigere. Hinc vſuræ centeſimæ etiam in legibus maximæ & grauiſſimæ appellantur *l. qui ſine ff. de negot. geſt. l. non exiſtimo. ff. de adminiſtr. tut.* eo quod ſupra eas aliæ maiores & grauiores vſuræ non eſſent legibus permiſſæ. Dicuntur & legitimæ per excellentiam, quia etſi minores centeſimis legitimæ ſint, ſupra has tamen nullæ aliæ eſſent legitimæ, vt quæ ad ſummum peruenerit gradum legib. cognitum.

Centeſimæ porro vſuræ dicuntur, non, vt Accurſius voluit, quæ in anno ſortem exæquent, ſed quæ menſe centeſimo ſortem exæquent, id quod fit quando vnoquoque anno pro centum duodecim exſoluuntur fœnoris cauſæ: Nam tunc centum menſibus, h. e. octo annis & quatuor menſibus vſura ad ſortis magnitudinem excreſcit Budęus *lib. 1. de aſſe.* Alciat. *lib. 1. diſpunct. c. 1. lib. 2. parerg. c. 23.* Vel centeſima vſura dicitur quæ ſortis centeſima pars eſt vſura menſtrua *l. 40. ff. de reb. credit.* vbi proponitur Publ. Mæuius in triginta dies inque denarios centenos, denarios ſingulos ſtipulatꝰ fuiſſe. Solebant quippe Romani ſtipulari aut pendere non in ſingulos dies neque in ſingulos annos, ſed in ſingulos menſes; ſiue in ſingulas Calendas hoc eſt in primum cuiuſque menſis diem *d. l. 40 ff. de reb. credit. l. ſi ita ſtipulatus. §. Chryſogonus. ff. de verbor. obligat.*

*Lit. B.* Cæterum Iuſtinianus hoc emendauit & conſtituit ne amplius vllis perſonis centeſimas vſuras ſtipulari liceret, niſi in duabus cauſis, in pecunia Traiectitia propter periculum pecuniæ creditæ quod in ſe recepit & ſuſtinet creditor *l. periculi. ff. de naut. fœn.* Deinde in fructibus fœnori datis. *l. eos. 26. C. de vſur.* Idque propter varietatem precij, quæ in fructibus ſæpe incidit, qua frequentiſſime fit vt creditor iiſdem rebus receptis multo minus recipiat, quam debitor debet: Vnde non eſt iniquum iſtud damnum alijs acceſſionibus ſuppleri. hiſce duabus cauſis exceptis, non licet amplius centeſimam ſtipulari vſuram.

Quamuis enim ob pecuniam ex cauſa rei iudicatæ debitam poſt iudicati tempus vſuræ centeſimæ debeantur; *l. vlt. Cod. de vſur. rei iudicat.* Itemque pecuniæ illius priuatæ vel publicæ quam tutores curatoreſue in vſus ſuos conuerterunt *l. qui ſine. ff. de negot. geſt.* non tamen vſuræ iſtæ debentur ex ſtipulatione, ſed debentur ipſo iure, ſine vllo facto creditoris: Quocirca *in d. l. eos. C. de vſur.* non excluduntur hæ duæ cauſæ, vt quæ duntaxat de vſuris ex ſtipulatione debitis loquatur.

Quæſt. 16. *An antichreſis poſſit excedere legitimum vſurarum modum?*

De Antichreſi anne poſſit excedere legitimum vſurarum modum *in l. eos. C. de vſur.* præfinitum quæſtio eſt maximi momenti: Affirmatiua hiſce rationibus confirmari videtur.

1. In *l. 17. Cod. de vſur.* expreſſe dicitur contractum antichreſeos prætextu maioris percepti emolumenti reſcindi non poſſe.

2. In *l. 11. §. 1. ff. de pignor.* abſolute & ſimpliciter dicitur vi pacti antichreſeos, loco vſurarum retineri & percipi poſſe fructus pignoris nec quicquam diſtinguitur vtrum fructus excedant modum legitimum vſurarum necne.

3. Adde quod fructuum acceſſio & emolumentum legitimum vſurarum modum exuperans creditori autoramenti & precij loco pro laboribus, quos in fundi oppignorati culturam inſumpſit applicandum eſſe videtur *argum. dict. cap. qui ſentit. 55. de regul. iur. in ſext.* cum fructus dicantur non modo deductis impenſis, ſed & iuſta mercede laboris *l. 46. ff. de vſur. l. 36. §. fin. ff. de petit. heredit.*

4. At-

Digitized by Google

4. Atque huc etiam facere videtur *l. 14. Cod. de vſur.* Cuius hæc ſunt verba: Si ea pactione vxor tua mutuam pecuniam dedit, vt vice vſurarum domum inhabitaret, pactoque ita vt conuenit, vſa eſt, non etiam locando domum penſionem redegit, referri quæſtionem quaſi plus domus redigeret, ſi locaretur, quam vſurarum legitimarum ratio colligit, minime oportet.

5. Præterea inter Antichriſis conuentionem & locationem magna eſt affinitas; ſiquidem vſuræ ſortis legitimæ, quas debitor alias quotannis ſoluere creditori compelleretur, vicem mercedis in locationis contractu neceſſariæ ſupplere videntur *arg. l. Si ea pactione. 14. C. de vſuris*, vel etiam antichreſis retrouenditionis contractui aſſimilari compararique poteſt: Iam vero etſi conductor ob fructuum prouentum vltra mercedem aliquid perceperit, tamen illud lucrum ei non auferetur, multo minus prætextu minoris penſionis reſcindi locatio poteſt. *l. 23. l. 25. §. Vis maior 6. ff. de locat. conduct.* Nec emptio venditio fit irrita, licet res vendita plus emolumenti, quam precium fœnori occupatum adferat: cum naturaliter conceſſum ſit, quod pluris eſt, minoris emere, & quod minoris pluris vendere & ita ſe inuicem circumſcribere *l. 16. §. Pompon. ait. ff. de minoribus.* Niſi læſio vltra dimidium interuenerit *l. 2. l. ſi voluntate 8. C. de reſcind. vendit.*

6. Adhæc particularem ſolutionem, velut plurima incommoda habentem, nemo inuitus admittere cogitur *l. 3. ff. familiæ herciſc. l. 41. §. 1. ff. de vſur.* Ergo nec creditor pacto antichreſeos vrgendus eſt, vt fructibus pignoris ſorti imputatis eam, quam vna vice numerauit pecuniam, ex fructibus plurimorum annorum colligat.

7. Idem quoque confirmat quod Bald. *in l. 1. Cod. de diſtract. pign.* ait, pactum de lucrandis fructibus, vſurarum loco, validum eſſe in cauſis, in quibus iure pontificio vſuræ ſunt permiſſæ vt *in cap. ſalubriter. capitulo conqueſtus de vſur. Authent. Adhæc. C. de vſur.* Cum igitur plerisque in locis hodie generaliter vſuræ ſemiſſes & quintunces tolerentur ac permittantur, non erit illicita vel iniuſta antichreſeos lex & pactio cenſenda.

8. Hinc etiam Iuſtinianus Imperator quanquam certum modum vſuris pecuniariis præſcripſerit *l. Eos. Cod. de vſur.* non tamen propterea Antichreſeos pactionem inire vetuit, vel prohibuit præterquam cum agricolis, *Nouell. 32. & 33.*

9. Confirmatur porro hæc ſententia auctoritate doctiſſimi ICti Caroli Molinæi qui in *tractat. de vſur. n. 259. cũ ſeqq.* Antichreſin temporariam, quam vocat, in emptionis quoque redituum contractu admittit, ſi videlicet venditor redituum, qui prædibus idoneè cauere non potuit, emptori fundum, ex quo reditus vendidit, interim pignori tradit, donec fideiuſſorem dederit vel conſtituerit.

Secus eſſe putat, ſi fundi vſus in vicem redituum annuorum emptori concedatur, donec is à venditore reluatur vel redimatur; quam appellat antichreſin perpetuam, quod & probat Andr. Gailius *lib. 2. obſeruat. 3.*

10. Quin etiam eandem hanc ſententiam approbat Matthæus Weſenbecius *Conſil. 2. num. 48.* vbi ait Antichreſeos contractum conſuetudine iam eſſe receptum & proinde pro vſurario non habendum. Conſuetudo ſiquidem omnem contractum corroborat & ab omni ſpecie illiciti reddit alienum Gloſſ. *in cap. Apoſtolicum. extra. de Simonia.*

Hiſce decem argumentis demonſtrare quidem conantur, quod antichreſis etiamſi modum legitimarum vſurarum, qui definitus ac determinatus eſt in *l. Eos. Cod. de vſur.* non tamen ſit illicita,

nec fructus ex prædio oppignerato vltra modum iſtum percepti in ſortem imputentur.

Contrariam tamen ſententiam non parum roborare videtur *l. 1. §. pacto. 3. Digeſt. de pignoribus.* vbi Papinianus ita ſcribit: *Pacto placuit, vt ad diem vſuris non ſolutis, fructus hypothecarum vſuris compenſarentur fini legitimæ vſuræ:* Quocirca creditor fructus in vicem vſurarum percipit ad finem, ſiue modum vſurarum legitimarum.

2. Et hoc ipſum clarius adhuc exprimitur in *leg. 8. Digeſt. In quibus cauſ. pign.* vbi Paulus ait: *Cum debitor gratuita pecunia vtatur poteſt creditor de fructibus rei ſibi oppigneratæ ad modum legitimum vſuras retinere:* Ecce hic quoque diſerte ſancitur ad modum duntaxat vſuris legibus præfinitum fructus à creditore antichriſeos loco retineri poſſe.

3. Pro confirmatione huius ſententiæ facit imprimis & hæc ratio, quod ſurrogatum ſapiat naturam eius cui ſurrogatum eſt: Iam vero antichreſin eſſe in locum vſurarum ſurrogatam ex eo intelligitur quod fructus vi antichreſeos dicuntur in vicem vſurarum percipi *leg. 17. Codic. de vſur.* Item in vſuras percipi *leg. 11. §. 1. Digeſt. de pignor.* Quocirca ſicut vſuræ illicitæ ſunt quatenus excedunt modum illis à legibus præfinitum, ita quoque illicita erit antichreſis quatenus modum iſtum legitimum vſurarum excedit.

4. Quicquid circumuenit legem vſuris modum præſtituentem, & fit in fraudem eius, occaſionemque præbet eandem eludendi, illud illicitum eſt *leg. 30. Digeſt. de legibus.* Atqui admiſſa antichreſi modum vſurarũ excedente, lex & Imperialis conſtitutio quæ modum & quantitatem vſurarum determinauit, circumueniretur, cederetque huiuſmodi antichreſis in fraudem eius, ac præberet exoptatiſſimam occaſionem hominibus auaris legem de vſuris eludendi, id quod ſane negari non poteſt; Quocirca antichreſis quatenus ſuperat legitimam vſurarum quãtitatem, erit illicita nec in Republ. bene conſtituta toleranda.

Haſce duas opiniones plane contrarias, vt & textus iuris inuicem pugnantes variis diſtinctionibus conciliare Interpp. nitũtur. Etenim Andreas Rauchbarus eximiæ eruditionis ICtus *part. 1. quæſt. Iuris ciuilis & Saxonici quæſt. 20. n. 38. & ſeq.* circa propoſitam controuerſiam diſtinguit; vt ſi fructuum perceptorum emolumentum nimium excedat vſurarum modum, tunc antichreſis quoad magnum hunc exceſſum, ſit illegitima & , tanquam vſuraria, habeatur pro illicita: Sin vero exceſſus non ſit nimius ſed modicus, tunc antichreſis non habeatur pro illegitima & illicita ratione iſtius exceſſus, quia modicum non ſoleat attendi vel curari *leg. 4. Digeſt. de in integr. reſtitut. leg. 9. Digeſt de dolo malo.* cum ſimilibus Et immenſus ſiue immodicus demum exceſſus cedat in fraudem legum, certum modum vſuris imponentium.

Sed hæc diſtinctio Rauchbari, quod bona pace doctiſſimi viri dixerim, difficultatem non tollit, nec diſcordantes textus in concordiam redigit: Quia *d. l. 1. §. pacto Digeſt. de pignorib. & dict. l. 8. Digeſt. In quibus cauſis tacit. pign.* ad finem & modum vſuris præſcriptum antichreſis expreſſe reſtringitur, proinde contra legum præſcriptum non poteſt antichreſis, ne teruncio quidem, excedere modum iſtum. 2. Sicut vſurarum exceſſus, etiã minimus Conſtitutionibus Imperii repugnat & pro illicito ac illegitimo habetur; Ita quoque exceſſus antichreſeos, vt quæ vice vſurarum ſit *l. 17. C. de vſur.* & in vſuras percipiatur *l. 11. §. 1. ff. de pignor.*

Nec

Nec ad rem facit Rauchbari fundamentum: Nam quod rem etiam minimam curet prætor probat *pr. I. de vi bonor. rapt. §. Gallinarum I. de rerum diuiſ.* Et vide quæ de hac quæſtione tradidi ſupra *volum. 1. diſp. 11. theſ. 1. quæſt. 4.* Iacobus Cuiacius *lib. 8. obſeruat. 17. & ad l. 14. Cod. de vſur.* diſtinguit inter antichreſin tacitam & expreſſam, ita vt tacita antichreſis ſeruet modum vſurarum; expreſſa vero antichreſis non item. Et de tacita antichreſi vult intelligi *d. leg. 8. ff. In quibus cauſis pignus tac. contrah.* de expreſſi vero *d. l. 17. C. de vſur.*

Cæterum præterquam quod Cuiacius huius ſuæ diſtinctionis fundamentum ſolidum non adducit, refellitur quoque manifeſte hac ratione, quod rationes ob quas ſupra oſtendimus antichreſin non poſſe excedere legitimum modum vſurarum, æque in antichreſi atque tacita locum obtineant. Sicut enim antichreſis tacita loco vſurarũ eſt. Et in vicem vſurarum percipitur & ob id non poteſt modum vſurarum excedere; ita quoque expreſſa antichreſis eſt loco vſurarum & vicem illarum ſubit *l. 17. C. de vſur.* quam legem ipſe quoque Cuiacius de expreſſa antichreſi interpretatur. 2. Sicut antichreſis tacita cederet in fraudem legis, modum vſuris præſtituentis ſi excederet vſurarum modum; ita quoque expreſſa antichreſis excedens vſurarum modum legitimum. 3. Vt taceam, quod nulla conuentio in fraudem legis facta valeat, ſed ipſo iure nulla & pro infecta habeatur, perinde ac ſi expreſſe contra legem facta eſſet *d. leg. 30. Digeſt. de legibus.* Iam vero conuentio iſta per quam antichreſis vltra modum vſurarum conſtituitur expreſſe, in fraudem legis cederet atque contractum pignoris vſurarium redderet.

Mihi arridet ſententia Donelli & veritati omnino conſona eſſe videtur: Hic autem ad *leg. 17. Codic. de vſur. num. 1.* hoc modo diſtinguit, vt ſi conditio ea ſit fundi oppignerati, vt communiter certum ſit, ac certo conſtet ex eo quotannis, etiam magna incidente ſterilitate plures fructus colligi ac percipi poſſe, quam efficit vſura legitima, conuentio non ſit ſeruanda in eo, quod modum legitimum excedit: Finge vſuras creditæ pecuniæ eſſe ad decem: Vineam pignori datam eſſe, ex qua ad minimum colliguntur fructus ad viginti; Hic quicquid fructuum præter decem percipitur à creditore, id in ſortem imputari aut reſtitui debuit, quia tunc aperte fructuum perceptio eſt in fraudem vſurarum legitimarum, nec vlla eſt incertitudo quæ eam conuentionem tueri debeat: Sin vero prouentus fundi annuus incertus eſt, ita vt facile fieri poſſit, vt tantum fructuum non proferat, quod vſuras legitimas exæquet, eo caſu æquiſſimum eſt fructus, etſi hoc anno plures prouenerint, quam efficit ſumma vſurarum, in ſortem non imputari, ſed lucro & emolumento creditoris cedere, quia vnius anni vbertas compenſari debet cũ alterius anni ſterilitate. *l. ex conducto 15. §. 2. & 3. Digeſt. locat.* Hæcque compenſatio facit, vt fructus non poſſint dici exceſſiſſe vſuras, dum illi cum prouentu minore aliorum annorum, aut certe cum periculo prouentus minoris aliorum annorum conferuntur: Accedit quod ſecundũ naturam eſt commoda cuiuſque rei eum ſequi, quem ſequuntur incommoda *l. ſecundum. de Reg. Iur.* At in propoſito ſi pauciores fructus percipiãtur creditoris incommodũ eſt, nõ enim debitor ſupplere debet, ꝙ deeſt amplius: proinde ſi plures aliquãdo percepti erunt, cõmodũ creditoris eſſe oportet. Quinimo, etſi vno tantum anno hæc perceptio ſteterit, tamen propter ſpem incertam prouentus æqualis, æqua & iuſta cõuẽtio eſt, quia tã poſſunt pauci fructus percipi pro debitore, quã plures pro

creditore. Hæc ſpes mutua incerta æqualitatem inducit, propter quam conuentio ſeruatur. Et hanc ſententiam diſerte confirmat *d. l. 17. C. de vſur.* vbi ratio hæc adducitur, ob q̃ antichreſis, quatenus modum vſurarum legitimum excedit, ſubſiſtat, nec illicita reputetur, quia videlicet incertus ſit fructuum prouentus.

Neque huic ſententiæ quicquam repugnat *l. 11. §. 1. ff. de pignoribus.* Etſi enim ibi abſolute & ſine diſtinctione permittatur creditori fructus rei oppigneratæ in vicem vſurarum percipere, neceſſario tamen ſecundum ſuperiorem diſtinctionem in iure & æquitate fundatam textus ille accipi debet: Deinde hoc ipſo quod in eo dicitur fructus pignoris in vſuras percipi, ſatis ſignificatur vltra modum vſurarum fructus iure antichreſeos percipi non poſſe, niſi prouentus fructuum ita, vt diximus, ſit incertus: Quicquid enim in vſuras ſeu vſurarum loco percipitur, id non poteſt modum à lege vſuris præſcriptum excedere.

Ad rem etiam non facit quod fructuum emolumentum in recompenſationem laboris in cultura prædii oppignerati impenſi, relinqui debeat creditori: Hoc enim, præterquam quod nullibi in iure ſcriptum reperitur, hac etiam ratione euidenter refellitur, quod creditor ſemper fructus percipere & lucrari debeat, quod tamen falſum eſſe & abſurdum, manifeſtiſſimis iuris noſtri principiis edocemur.

Minus vero obſtat ſententiæ & diſtinctioni Donelli *l. 14. Cod. de vſur.* Nam non loquitur de antichreſi, de qua nobis in præſentiarum ſermo & diſputatio eſt, ſed loquitur de circumuentione iſta qua conuenit, vt pro vſura habitatio concederetur, & quæritur vtrum valeat hæc conuentio ſi merces quæ ex locatione recte redigi poterat excederet modum legitimarum vſurarum? Et reſpondetur per diſtinctionem hoc modo: Aut creditor ipſe domum inhabitat: Aut ex locatione eius penſionem percipit: vt hoc caſu, ſi eam domum locet & penſio legitimum vſurarum modum excedat, conuentio intra finem legitimæ vſuræ reuocari & quod amplius exactum fuerit ſorti imputari debeat: Sin autem creditor ipſe domum inhabitarit, tum quod vltra modum vſurarum ex mercede redigi potuiſſet in ſortem non imputetur, quia vilius conductu cenſeatur domus: locatio autem & conductio valeat, etſi locator læſus fuerit *l. 22. §. vlt. & l. ſeqq. ff. de locat. conduct.*

Non magis aduerſatur noſtræ diſtinctioni affinitas illa, quæ ſupra dicebatur inter locationem conductionem & antichreſin intercedere; itemque inter antichreſin & emptionem-venditionem ſub pacto retrouenditionis factam: Hæc quippe affinitas nondum ſatis cõprobata fuit & ea præſuppoſita, conſiderandum & illud eſt, quod antichreſis longe maiorem habeat cum vſuris, quam cum præfatis contractibus conuenientiam, quia vicem vſurarum ſupplet antichreſis *d. l. 17. C. de vſur.* & quia in vſuras, ſiue quod idem eſt, vſurarum loco percipi fructus ex antichreſi dicuntur *l. 11. § 1. ff. de pignoribus.* Etſi proinde locatio & conductio propter qualem qualem læſionem non reſcindatur, nec illicita aut illegitima efficiatur, quia tamen vſuris certus modus eſt Imperialibus conſtitutionibus impoſitus, ideo propter maximam conuenientiam, quã antichreſis cum vſuris habere dicitur, & ipſi antichreſi, idem modus, eademque taxatio impoſita intelligitur, ac proinde, ſi vel minimũ antichreſis exceſſerit modũ iſtũ, illicita & illegitima cenſebitur.

Eſt porro & illud argumentum, quod à prohibita ſolutione particulari ad prohibitam antichreſin ducebatur, ſatis

tis infirmum: Nititur quippe falſo præſuppoſito, quod nempe particularis ſolutio iure ciuili ſit prohibita: Hoc enim maxime refellitur per textum in *l.2. ff. de verb. obligat. l.9. ff. de ſolut.* ex quibus liquet quod particularis etiam ſolutio inuito creditori fieri queat, id quod pluribus ac prolixius confirmaui alibi. Deinde ſi quippiam præſens argumentum concluderet, certe efficeret fructus pignoris, à creditore perceptos nunquam in ſortem imputari, quia ſemper prætendi poſſet huiuſmodi imputationem pro particulari ſolutione habendam eſſe, quæ legibus ſit prohibita; At hoc abſurdum fore relucet ſatis perſpicue ex *l.1. C. de diſtract. pign. l.2. C. de pact. pign. l.1. C. de pign. act.*

Ad argumentum ſeptimo loco adductum, facilis eſt reſponſio: Non enim negatur quin pactum de lucrandis fructibus vſurarum loco iis in caſibus ſit validum, quibus vſuræ iure exigi poſſunt, ſed ex eo ipſo ſequitur, quod antichreſis non ſubſiſtat niſi intra modum à legibus præfinitum vſuris.

Non etiam in contrariam ſententiam quenquã mouere debet quod antichreſi non ita certus modus à Iuſtiniano ſit præſcriptus, ſicut is præfinitus eſt vſuris in *l. Eos C. de vſuris.* Nam exinde quis, obſecro, inferret, antichreſin ſuperare poſſe vſurarum modum? Hoc quippe ipſo, quod vſuris certus modus eſt præfinitus, etiam antichreſi idem præſcriptus videtur. Tum quia vice vſurarum eſt antichreſis *d. l.17. C. de vſur.* Tum quia fructus ex antichreſi in vſuras percipi dicuntur *l.11. §.1. ff. de pignoribus.* Tum quia alias lex iſta eſt Imperialis conſtitutio, modum vſurarum determinans, circumueniretur, ipſique fraus fieret, vt ſupra fuit dictum. Et ſane pactum antichreſeos eſſe prohibitum, nos non ſtatuimus, ſed illud iure permiſſum licitumque eſſe aſſerimus, modum interim ipſis eundem præſcriptum dicentes, qui vſuris prædeterminatus eſt: Sicut igitur vſuræ etſi licitæ ſint, modum tamen excedere non poſſunt, ita nec antichreſis, quamuis ſit licita, modum tamen non poteſt excedere, quem leges vſuris præfinierunt.

Nonum & decimum argumentum extra terminos propoſitæ quæſtionis vagantur: probant ſiquidem quod antichreſis ſit licita; id quod extra omnem dubitationis aleam poſitum eſt, & à nobis liberaliter conceditur: Non autem id demonſtrant, quod in quæſtione eſt & à nobis negatur, quod nempe valeat antichreſis etiam vltra legitimum modum vſurarum.

Sublata porrò per Iuſtiniani conſtitutionem vſura centeſima ipſe Iuſtinianus pro qualitate & diſcrimine perſonarum quantitatem ac modum definiuit: *in dict. leg. eos.* ſic vt viri illuſtres & qui eos præcedunt tertiam partem centeſimæ vſuræ atq; ita in centũ denarios quotannis 4. ſtipulari & exigere poſſint: Argentariis & Mercatoribus, ſiue negotiatorib⁹ beſſem cẽteſimæ, hoc eſt octo denarios in centum: Reliquis vero omnes dimidiam centeſimæ, hoc eſt ſex in centum ſtipulari liceret.

Huius porro perſonarũ diſcriminis ꝙ in ſtipulatione & exactione perſonarũ obſeruari voluit Iuſtinianus, hæc ratio eſt, quia quidã facilius & minori cũ dãno carere poſſunt pecunia ſua: Alij difficilius propter tenuitatẽ; Mercatores difficilimè, quia ad mercaturã exercendam illis quotidianis & magnis ſumptib⁹ opus eſt. Ideo æquũ viſum fuit vt quo maius cuiuſq; damnum eſt in eo ꝙ careat pecunia ſua, ei etiã maioris vſuras adhiberi minuendi incõmodi cauſa. Don. *ad d. l. eos. n.10.*

Eccleſiæ vero ſingulari priuilegio cautum eſt in *Nouella 7.* vt quamuis alii debitores præſtent vſuras ſemiſſes: Eccleſia tamen ſi debitrix exiſtat quadrantes dũ-



Digitized by Google

taxat, hoc eſt, annuatim in ſingulos centum florenos 3. Quod ſingulari fauore Eccleſiæ & religionis indultum fuit.

Sic & ſingulari fauore Agriculturæ, quo ea promoueatur vt quæ Reipubl. admodum ſit neceſſaria conſtitutum eſt vt ab agricolis non maiores quam trientes vſuræ exigi poſſint; hoc eſt in centum quotannis 4. *Nouella 120.*

Quæſt. 17. *An creditor cui vſuræ maiores ſolæ debebantur, ſi minores à debitore acceperit, maiores vſuras remiſiſſe cenſeantur?*

Addit Treutlerus, creditorem, cui vſuræ maiores ſolæ debebantur, veluti ſemiſſes ſi minores à debitore acceperit hoc facto maiores vſuras remiſiſſe, ſic vt nec in præteritum maiores vſuras, ab initio ſibi promiſſas exigere valeat, ſed minoribus illis, quas aliquandiu à debitore acceperat, contentus eſſe cogatur: Id quod *in l. 5. C. de vſur.* Seuerus & Antoninus conſtituerunt hoc modo reſcribentes: Aduerſus creditorem vſuras maiores ex ſtipulatu petentem, ſi probetur per certos annos minores poſtea conſecutus, vtilis eſt pacti exceptio, ſecundum quod cauſam tueri poteſtis etiam aduerſus defenſores ciuitatis maiores petentes ex cautione, ſi probaueritis ſemper quincunces amitam pupillorum veſtrorum, quæ maiores cauerat, dependiſſe.

Id quod ipſum quoque ICtus Scæuola confirmat *in l. qui ſemiſſes. ff. de vſur.* ita ſcribens: *Qui ſemiſſes vſuras promiſit per multos annos minores præſtitit. Heres creditoris ſemiſſes petit, cum per debitorem non ſteterit, quo minus minores ſoluat, quæro an exceptio pacti vel doli obſtet? Reſpondi, ſi in exſoluendis ex more vſuris per tanta tempora mora, per debitorem non fuit, poſſe ſecundum ea quæ proponerentur obſtare exceptionem. L. qui ſemiſſes. ff. de vſuris.* Ratio autem huius eſt iſta, quod qui minores vſuras accepit, cum ei promiſſæ eſſent maiores, etſi aperta conuentione præſtationem maiorum vſurarum non remiſerit, cenſeatur tamen hoc tacita conuentione feciſſe; quæ tacita conuentio colligitur ex duabus rebus concurrentibus; nempe ex eo quod accepit & ex perſeuerantia & diuturnitate eius voluntatis. Perſeuerantia quippe iſta declarat, quod non tantum in præteritum contentus ſit minoribus vſuris, ſed etiam in futurum.

Sed huic primo obſtare videtur *l. cum quidam §. Diuus. ff. de vſur.* vbi aſſeritur, ſi creditor per longum tempus maiores vſuras non acceperit, quia non petiit remitti ſolum vſuras præteritas, neque eas omnes, ſed ſolum eas penſiones, poſt quas longum interuallum interceſſit, veluti ſi per decem annos non exegerit maiores vſuras non intelligi remiſſas, quia poſt eas decem anni non interceſſerunt.

Verum recte Donellus longe aliud eſſe dicit, creditorem vſuras maiores ſolum non petere; & aliud ita non petere vt ſimul pro iis maiores accipiat: Non petendo, non intelligi remittere niſi præteritas, quas per longum tempus non petiit: Minores vltro accipiendo, non ſolum præteritas, ſed etiam futuras maiores intelligi remittere. Quocirca idcirco maiores non cenſentur remiſſæ *in d. l. cum quidam.* quia illæ duntaxat non fuerant exactæ; minores autem illarum loco non ſolutæ nec acceptæ: Hic autem vt à maiorum præſtatione liberetur debitor, & minoribus contentus eſſe cogatur creditor requirimus, vt maiores non ſolum non exactæ, ſed minores etiam illarum loco ſolutæ fuerint; quorum hoc poſterius *in d. §. Diuus* factum non erat.

Non aduerſatur præterea quod debitor, quantumuis maiores vſuras perlongum tempus ſoluerit, non tamen in maiores vſuras quam ſtipulatione promiſit, obligetur, vt ſupra ex *leg. 7. de vſur. & leg. 28. Cod. de pact.* luculentiſſime demonſtratum fuit. Et quo videbatur dicendum



Digitized by Google

dicendum quod debitor nec minores vſuras ſoluendo à maioribus liberetur.

Etenim ratio diuerſitatis caſus vtriuſque eſt perſpicua, quia cum debitor minores ſoluerit creditor ſciens acceperit, vult eo pacto debitorem liberare, & poteſt etiam debitor pacto liberari à præſtatione maiorum vſurarum. At cum debitor vſuras maiores ſoluit neque vult in eas obligari neque voluntate eius fieri poteſt vt maiores ſoluat per ignorantiam *l. creditor. de ſolut.* quia error diſſenſum arguit *leg. 2. Digeſt. de iudic.* Et, ſi vellet obligari, tamen ea conuentione obligari non poſſet, quoniam vſuræ citra vinculum ſtipulationis non debentur *leg. 3. Codic. de vſur.* Donell. ad *leg. 5. C. de vſur.* Cæterum quod de vſuris hactenus dictum eſt quod nempe minores debeantur ſi longo tempore minores fuerint ſolutæ, ad annuos reditus non eſſe porrigendum, nec annuo reditu minori pro maiori certis annis ſoluto non propterea maiorem annuum reditũ deberi deſinere & loco eius reditum minorem deberi incipere; idque ideo quia tacitum pactum de minori reditu ſoluendo non intelligatur interueniſſe: Cuius rationem rurſus hanc reddunt Azo & Decianus quod vſuræ odioſæ ſint; annui reditus autem ſint fauorabiles; iam vero ſecundum regulam iuris odia ſint reſtringenda, fauores autem ampliandi *cap. odia. de Regulis iuris.* Sed rationem hanc improbat Borcholdus *in dict. tractat. de vſur. cap. 4. num. 32.* eò quod vſuræ, quæ intra legitimum modum continentur odioſæ dici non poſſunt: Quod enim legibus conceditur & approbatur, non videtur odio eſſe dignum: Propterea ipſe Borcholdus hanc rationem reddit quod annui reditus fauorabiliores ſunt vſuris annuis, quamuis propterea non ſtatim vſuræ ſunt odioſæ. Nec ſane propterea vſuræ poſſunt dici odioſæ quia pacto promiſſæ non queant exigi, nec ciuiliter debeantur; idcirco enim hoc ita conſtitutum eſt quia pacta nuda nec alias actiones pariunt *leg. 7. §. 5. Digeſt. de pact. leg. 10. Codic. eod. tit.* Et pactum de fœnore ſiue vſuris pecuniæ creditæ præſtandis mutui repugnat naturæ, quæ non patitur vt vltra id, quod creditum eſt quicquam præſtetur: Alioquin ſupra oſtenſum & liquido demonſtratum eſt quod pecuniæ aliunde quam ex mutuo debitæ vſuræ etiam nudo pacto promiſſæ, ciuiliter debeantur, modo in continenti pactum iſtud contractui ſubiectum fuerit.

*Quæſt. 18. An idem quoque in reditibus annuis obtineat?*

Quod porro reditus annui ſint fauorabiliores vſuris, & hinc probari videtur quod annuis reditibus, ſiue annuis præſtationibus præſcriptio 30. vel 40. annorum non obſtet; ſed quamuis annui reditus intra triginta annos petiti non fuerint, nihilominus poſt triginta annos ſingulis anni reditus annui peti poſſint: At vſurarum annuæ præſtationes 30. vel 40. annis præſcribantur, ita vt creditor, qui intra 30. vel 40. annos vſuras non petiit poſt 30. vel 40. annos vſuras petere non poſſit *lege ſi quis emptionis §. final. Codic. de præſcr. 30. vel. 40. annor.* in qua Iuſtinianus Imperator expreſſe ſancit, exceptionem 30. vel 40. annorum in illis contractibus, in quibus vſuræ ſunt promiſſæ, ex illo tempore initium capere debere, ex quo debitor vſuras minime perſoluit.

Quod autem præſcriptio longiſſimi temporis in reditibus annuis locum non habeat, haut obſcure probat textus in *leg. cum notiſſimi 7. Codic. de præſcriptione 30. vel 40. annor.* quo in loco Iuſtinianus Imperator ſcribit: promiſſionibus

vel

vel legatis, vel aliis obligationibus, quæ dationẽ per ſingulos annos vel menſes, vel aliquot ſingulare tempus cõtinent, tẽpora præſcriptionum non ab exordio talis obligationis, ſed ab initio cuiuſcunque anni vel menſis, vel alterius ſingularis temporis cõputari eſſe manifeſtum: Cum itaq; Iuſtinianus ait tempora præſcriptionũ ab initio cuiuſq; anni vel mẽſis cõputari, innuit ꝙ quãdo aliquid annuũ vel menſtruũ debetur, ſingulos annos vel menſes propriam habere præſcriptionem: Et hoc eſt, quod dicitur tot eſſe præſcriptiones, quot ſunt anni: Ideo autem ſinguli anni propriam habent præſcriptionẽ, quia ſingulis annis noua naſcitur actio, cum ſingulis annis quod promiſſum eſt, præſtandum ſit & quot ſunt præſtationes, tot etiam ſunt actiones. Pro futuris autẽ annis actio non naſcitur vt pro eo quod anno ab hoc ſecundo, tertio vel quarto ſolui debet: At actioni nondum natę præſcribi non poteſt. Et quanquam vſuræ annuæ earumque præſtationes nõ minus ſingulis annis debeantur non minus atq; annui reditus, atq; ita etiam ſingulis annis vſurarum nomine actio naſcatur; vſuræ tamẽ 30. vel 40. annorum ſpacio nihilominus præſcribuntur, quia ſunt acceſſio & ſequela alterius obligationis; & ideo obligatione principali ſublata per præſcriptionem 30. annorum acceſſoria quoq; vſurarum obligatio extinguatur. Andr. Gail. *2. obſeruat. 73.* Iohan. Borcholt. *in tractat. de vſur. c. 4. n. 34. & ſequent.*

*Lit. Γ.* Quæſt. 19. *an pœna modum vſurarum excedens, debeatur?*

Vltra modum legitimum vſuras non licere ſtipulari certum eſt; adeo vt ſi maiores, quam lege Iuſtiniani permittuntur vſuræ ſtipulatione promiſſæ fuerint, ſtipulatio non valeat, ſed pro infecta habeatur, quatenus ſcilicet vſuræ modum iſtum excedunt *l. 26. §. 1. verſic. ſi quis autem C. de vſur.* Id quod ita extenditur vt non ſolum vſuræ, per finitum modum excedentes non debeantur, ſed nec pœna quantitatem vſurarum legitimam exſuperans debeatur: Traditum hoc eſt ab Imperatore Gordiano in *l. 15. C. de vſur.* vbi Claudio in hæc verba reſcribit: *Cum allegas vxorem tuam ea conditione mille aureorum numero quantitatem ſumpſiſſe, vt ſi intra diem certum debito ſatis non feciſſet, cũ pœna quadrupli redderet, quod accepit, iuris forma nõ patitur legẽ cõtractus iſtius vltra pœnam legitimarũ vſurarum poſſe procedere.*

Ratio autem prohibendi ſtipulationem pœnæ excedentis vſurarum modũ, hoc eſt, quod huiuſmodi ſtipulatio pœnæ in fraudem vſurarum ſit facta *l. Iulianus §. ibidem ff. de act. empt.* At non minus prohibetur & improbatur id ꝙ eſt directo contra legem, quam quod in fraudẽ ſit legis *l. contra & l. ſeq ff. de Legibus.* quod autem ſit in fraudem legis ſtipulatio huiuſmodi pœnæ comparata, exinde relucet quod in fraudem legis fieri dicitur, quod retentis verbis legis, aduerſus mẽtem & ſententiam eius committitur. *d. leg. contra & ſeq.* Contra ſententiam vero & mentem legis eſt, quod fit cõtra propoſitum & finem legis: Hoc porro propoſitum in iis legibus, quod vetant vſuras exigi ſupra certum modum eſt tale, vt creditor præter ſortem, nihil accipiat, extra id, quod intra modum legitimum vſurarum conceditur. Fit cõtra hoc propoſitum legis, quando creditor non accipit vſuras, ſed accipit pœnam ſupra modum legitimum vſurarum: Nam vſuras non accipiendo, non facit aduerſus verba legis, quæ vſuras accipi vetat, ſed facit aduerſus id, quod lex voluit, quia lex eum accipere non vult vltra quam in vſuris præſcribit.

Obſtare tamen huic ſententiæ non parum videtur textus in *l. vnic. C. de ſenten. quæ pro eo quod intereſt.* vbi aperte Iuſtinianus diſtinguit eas pœnas quæ à contrahentibus proferuntur ab illis quæ legibus certo fine ſtatuuntur, eoq; ipſo ſignificat pœnas conuentionales

certo

Digitized by Google

certo fine non ſtatui, alioquin non recte ſepararentur à pœnis quæ à legibus certo fine ſtatuuntur. Quo circa cum Iuſtinianus velit nullum certum modum præfinitum ac præſtitutum eſſe pœnis conuentionalibus, ſequitur quod ad legitimam vſurarum quantitatem reſtrictæ & alligatæ non ſint, & conſequenter in fraudem legis illius quæ quantitatem vſurarum definit non poſſunt dici pœnæ iſtæ promiſſæ quę modum vſurarum exſuperant.

Veruntamen recte Donellus ait *l. vnic. Cod. de ſentent. quæ pro eo quod intereſt.* vt & cæteras leges in quibus pœnam conuentionalem etiam vltra modum vſurarum legitimum ſtipulari permittitur, intelligendas eſſe de illis pœnis quæ non pecuniæ numeratæ, vel aliarum rerum gratia in quibus mutuum conſiſtit & de quibus vſuræ deberi poſſunt promittuntur, ſed de illis pœnis, quæ propter res alias, in quibus nec mutuum conſiſtit, nec vſuræ locum habent, ſtipulatione promittuntur, hac enim in fraudem legis vſurarum quantitatem definientis fieri, plane aſſeri non poteſt.

Hodie in Imperio Romano quincunces vſuræ, hoc eſt quinque annua pro ſingulis centenis probantur & conceduntur per textus allegatos ex *receßib. Imperii de Anno 1500. 1539. 1548. & 1577. ſub. rubr.* von wucherlichen Contracten / adeo vt inſtrumenta maiores vſuras continentia, non modo non mandentur executioni, ſed etiam quarta pars ſortis vigore illius ordinationis in comm ſſum cadat. Verba *d. conſtit. Imperial. de Anno 1548.* hæc ſunt.

Dieweil aber ſolche vnd dergleichen Conträct / auch der Wucher Vngöttlich / in gemeinen beſchriebenen Rechten / vnd darzu in vnſer vnnd deß H. Reichs Ordnung / im Jahr funffzehen hundert zu Augſpurg auffge richt / höchlich verbotten / ſo thun wir mit Rath / Wiſſen vnd Willen / vnſerer vnd deß H. Reichs Churfürſten / Fürſten vnd Stände / ſolche Ordnung gemelter wucherlicher Conträct halber / auß rechtem Wiſſen ernewern vnd bekräfftigen: Setzen / ordnen / vnd wöllen darauff / daß ſolche vnrechtliche Conträct / vnd alle vnziemliche Pacta, Geding vnd Händel / wie die genennet oder erdacht werden mögen / gänzlich vnd zumahl vermitten / vnnd durch niemand / weß Würden oder Standes der ſey / fürgenommen / oder gebraucht werden ſollen / damit allen Richtern / Geiſtlichen vnd Weltlichen gebietend / wann ſolche wücherliche Conträct für ſie bracht / daß ſie dieſelbe vnwürdig / Kraffilos vnd Vnbündig erkennen / erklären vnnd declarieren / wie wir auch ſie / als vnkräfftig vnd vnbündig erklären vnnd erkennen / vnnd auff ſolche Contract kein Execution oder Vollnziehung thun oder verhelffen / zu dem / daß der jenig ſo ſolchen wucherlichen Contracten hinfüro künfftiglich nach Publicierung dieſer vnſer Ordnung / vben würde / den vierten Theil an ſeiner Hauptſumma verlohren haben / der ſeiner Bürgerlichen Oberkeit (an etlichen orten Erbgericht genant) heim gefallen / vnd auff ſolchen vierten Theil durch dieſelbig Bürgerlich Oberkeit geſtrafft werden ſoll. Vnd ſo ſie mit wiſſen ſäumig erfunden / als dann ſoll vnſer Fiſcal ſolche Oberkeit vmb ein namliche Peen / als zwey oder vier Marck lötigs Golds / beklagen vnnd annehmen.

Idem plane repetitur in Receſſibus Imperii de An. 1577. hiſce ſequentibus verbis: Dieweil aber ſolche vnd dergleichen Conträct / auch der Wucher Vngötlich / in gemeinen beſchriebenen Rechten / vnd darzu in vnſer vnnd deß Reichs Ordnung / im Jahr funffzehen hundert / auch funffzehen hundert dreyſſig / vnnd acht vnd viertzig / zu Augſpurg

auffgericht/ höchlich verbotten / ſo thun wir mit Rath/ Wiſſen vnd Willen/ vnſerer vnd deß H. Reichs Churfürſten/ Fürſten vnd Stände / ſolche Ordnung gemelter wucherlichen Conträct halben/ auß rechtem Wiſſen ernewern vnd bekräfftigen: Setzen/ ordnen / vnd wöllen darauff / daß ſolche vnrechtliche Conträct / vnd alle vnziemliche Pacta vnd Partita, Geding vnnd Händel / wie die genennet oder erdacht werden mögen/ gäntzlich vnd zumahl vermitten / vnnd durch niemand / weß Würden oder Standes der ſey / fürgenommen / oder gebraucht werden ſollen / damit allen Richtern / Geiſtlichen vnd Weltlichen gebietend/ wann ſolche wücherliche Conträct vnd Partiten für ſie bracht / daß ſie dieſelben vnwürdig/ Krafftloß vnnd Vnbündig erkennen/ erklären vnnd declarieren/ wie wir ſie auch als vnkräfftig vnd vnbündig erklären vnnd erkennen / vns auff ſolche Conträct kein Execution oder Vollnziehung thun oder verhelffen : zu dem / daß der jenig / ſo ſolche wucherliche Conträct vnnd Partiten hinfüro künfftiglich nach Publicierung dieſer vnſer Ordnung vben würde / den vierten Theil an ſeiner Hauptſumma verlohren / vnd derſelbig halb ſeiner Bürgerlichen Oberkeit ( an etlichen Orten Erbgericht genant ) zum andern halben Theil aber der Oberkeit / darunter der arme Mann/ gegen dem ſolcher wucherlicher Contract vñ Partita gebrauch wor[?]en / heimgefallen ſeyn ſoll : Vnd ſo dieſelbige Oberkeit eine / oder die ander mit Wiſſen ſäumig erfunden / als dann ſoll vnſer Fiſcal die Oberkeit vmb ein namliche Peen / als zwey / drey oder vier Marck löttigs Golds beklagen vnnd annehmen.

Conſtat proinde ex hiſce Imperii Conſtitutionibus quod contractus ſiue ſtipulatio qua vſuræ maiores quincuncibus promittuntur prohibita ſint & improbata: Verum anne talia pacta vſuraria totum contractum vitient, an vero ipſa vitientur & pro non adiectis habeantur? dicetur ſequenti Theſi.

## *RESOLVTIO THESIS Quintæ.*

VSuras vſurarum in ſtipulationem fruſt a & inutil ter deduci Author Lit. A
eſt ICtus Vlpianus *in l. 26. §. 1. ff. de cond. indeb.* Id quod etiam confirmatur *in l. fin. C. de vſur.* Habet autem hoc duas rationes manifeſtas.

1. Quia abſurdum eſt eandem rem & ſortem eſſe & vſuras, quoniam ſors eſt principalis, vſura autem acceſſio: Natura autem non patitur vt eadem res ſit principalis cauſa & acceſſio: At ſi vſuræ vſurarum recipiuntur, eueniet vt priores vſuræ ſint & ſors & vſura: Nam quatenus pro ſorte præſtantur ſunt vſuræ, quatenus autem pro iis præſtatur vſura, ſunt ſors; id cum natura non patiatur, ſecundum naturam conſtituitur, ne ſint vſuræ vſurarum.

Confirmatur hæc ratio pronunciato iſto veterum qui dixerunt, nullum diuerſarum perſonarum officio fungi poſſe *l. ſi plures Digeſt. de pact. l. penult. ff. de recept. arbitr. l. ille à quo. §. vlt. ff. ad Trebell.* Quod de perſonis dicitur, idem & de re dicendum eſt, vt nulla res eadem poſſit diuerſarum & contrariarum rerum officio fungi, quod futurum eſt, ſi eadem vſura ſit & vſura & ſors.

Altera ratio hæc eſt quod vſuræ, ſi quid habent, id maximum eſt vt fructuum vicem & ſimilitudinem obtineant *l. vſuræ. ff. de vſur.* Natura autem fructus fructum non parit, nec etiam poteſ[t]. Eſt igitur abſurdum vſuræ fructum pariant, ne dici poſſit plus tribui ſimilitudini, quam veritati naturæ.

Et hoc procedit & eo caſu quo vſuræ in ſortem ſunt redactæ, hoc eſt, ſi vſuræ creditoribus ſolutæ ab illis in ſortem redactæ & deinde pro ipſis, tanquam pro ſorte, vſuræ fuerint promiſſæ: Nam & hoc caſu vſuræ vſurarum non debentur. Hoc vero ideo quia fieret apertè fraus legi vſuras vſurarum prohibenti, licet verba legis non offendantur. Nam ſtipulatio, qua rediguntur vſuræ in ſortem quo minus vſuræ nunc ſint, quæ prius fuerunt, proinde re eadem manente ius etiam manere debet. quoniam verbis mutatis, ſententia legis circumuenitur, id eſt, fit in fraudem legis *l. fraus. Digeſt. de Legib.*

Quæcunque autem facta ſunt in fraudem legis, tam ſunt irrita atque ſi eſſent apertè contra leges *l. Non dubium. 5. C. de Legib.*

Lit. B. Illud nunc expediendum eſt, anne ſi contra leges imperii maiores, quam permittuntur, vſuras ſtipulatus quis fuerit, contractus principalis, cui huiuſmodi conuentio vſuraria adiecta eſt, vitietur.

Et quod totus contractus principalis vitietur, dicendum videbatur propterea quod in prædictis Imperii Conſtitutionibus pronunciatur contractus nullius eſſe valoris, eſſe inefficax & non obligatorius ibi Unwürdig / Krafftloß vnnd Unbündig. qualia verba actum ſolent ipſo iure conſtituere irritum.

2. Accedit quod omne illud quod fit contra leges & Imperatorum Conſtitutiones, ipſo iure nullum ſit & pro infecto habeatur *dict. l. non dubium Codic. de Legib. leg. Iubemus. §. ſanc. Codic. de SS. Eccleſ.*

Cæterum contraria ſententia quod nempe per pactum vſurarium principalis contractus non vitietur; ſed ipſum pactum nullum ſit & pro non adiecto habeatur.

1. Et primo pactum vſurarium non vitiare contractum per ſe alias licitum & iure validum, ſed vitiari hac ratione probatur quo ſit vulgaris trita, & veriſſima Iuris regula quod vtile non debeat vitiari per inutile *cap. vtile, de Reg. Iur. in ſext. L. 1. §. ſed ſi mihi Digeſt. de verbor. obligat.* maxime ſi vtile ab vtili ſeparari poſſit.

2. Facit huc textus *in l. pecuniæ 9. l. Vſuras 20. Digeſt. de vſur.* vbi dicitur vſuras illicitas ſorti mixtas, ipſas tantum non deberi; ſortem verò non vitiare.

3. Idque etiam Marcianus ICtus expreſſe ſcribit *in leg. placuit. 20. Digeſt. eod Placuit,* inquiens, *ſiue ſupra ſtatutum modum quis vſuras ſtipulatus fuerit, ſiue vſurarum vſuras, quod illicitè adiectum eſt, pro non adiecto haberi & licitas peti poſſe.*

4. Accedit ad confirmationem huius quod Bartol. tradit; ſi inutilis ſtipulatio interponatur ſuper aliquo contractu de ſe obligatorio, veluti ſuper mutuo vel emptione & venditione, tunc inutilis ſtipulatio non impedit, quo minus ex vtili contractu actio oriatur *l. ſi quis ita ſtipulatus. §. Chryſogonus. ff. de verbor obligat.*

5. Probat inſuper hanc ſententiam Andr. Gailius *2. obſeruat. 4.* ponderando verba prædictarum conſtitutionum Imperialium, quas allegauimus ſupra ex Receſſibus Imperii de Anno 1500. 1548. & 1577. è quibus relucere putat quod contractum vtilem per pactionem inutilem non vitiari, non reiici, nec irritari, ſed ipſa duntaxat pacta illicita contractui adiecta reiici: in verb. vnʒiemliche Pacta; ſic vt vſurarum nomine ex illicita & improbata ſtipulatione promiſſarum, nulli competat creditori actio.

6. Denique ſententiam hanc non parum corroborat quod ex prædictis conſtitutio imperii quarta pars ſortis in commiſſum cadit: ex quo ſic firmiter concluditur quod ſi quarta pars odio vſurarum amittitur; igitur in reſiduo creditor petitionem & actionem ſaluam habet; ita eleganter Andr. Gail. *d obſeruat. 4.* Ad argumenta in contrarium ſupra adducta iam facilis eſt reſponſio: Nam verba iſta præfatarum conſtitutionum, **vnwürdig / krafftloß vnd vnbündig** non pertinent ad contractum principalem, ſed ad pactum duntaxat vſurarium, illudque arguunt ipſo iure eſſe nullum, vti etiam verba iſtarum conſtitutionum paulo ſupra relata, ſatis euidenter oſtendunt: iam vero etſi contractus ſiue pactio acceſſoria ſit vitioſa, non tamen propterea vitiatur vel corruit contractus principalis. Et hanc ſententiam in Camera Imperiali receptam & præiudicio confirmatam teſtatur Andr. Gail. *d. obſeruat. 4.*

Illud quoque obſeruandum eſt quod pactum vſurarium non in totum nec ſimpliciter ſed ſecundum quid duntaxat, quatenus videlicet illicitum eſt ac modum legitimum excedit, vitiari: Id quod perſpicuo ac dilucidiſſimo textu confirmatur *in leg. pecuniæ. 9. ff. de vſur. & fructib.* vbi hoc modo ſcribitur: Pecuniæ fœnebris, intra diem certum debito non ſoluto, dupli ſtipulatum, in altero tanto ſupra modum legitimæ vſuræ reſpondi non teneri, quare pro modo cuiuſcunque temporis, ſuperfluo detracto ſtipulatio vires habebit.

Quod porrò de vſuris hactenus dictum, idē quoque de emptione annuorum redituum omnino ſtatuendum eſt, quod nempe emptio annuorum redituum quando excedit iuſtam penſionem nempe quincunces, hoc eſt, ſi vltra quinque in ſingula centena annuatim aliquid accipiatur, non propterea corruat totus contractus emptionis tanquam vſurarius, ſed illud, quod excedit iuſtam penſionem reiiciatur & fiat reductio ad legitimum modum vſurarum.

Et hoc etiam expreſſe confirmatur Iuſtiniani Imperatoris conſtitutione in *Leos. 26. § ſi quis.* vbi hoc modo ſcribit: *Si quis autem aliquid contra modum huius fecerit conſtitutionis nullam penitus de ſuperfluo habeat actionem. Cum igitur Iuſtinianus* creditori actionem duntaxat de ſuperfluo deneget, ſequitur quod actionem de eo quod ſuperfluum non eſt, habeat.

Cæterum quod in dubio contractus non præſumatur vſurarius veriſſimum eſt; ſiquidem omnis actus præſumitur licito potius quam illicito modo perfectus: & alias in dubio ea arripienda eſt ſententia quæ ſuſtinet actum, potius quam eam quæ actum infirmat & ſubuertit.

Quod autem annui reditus pro vſurariis & illicitis non habeantur, ſed iure ſint liciti ac permiſſi dilucide ac prolixe demonſtratum fuit *volum. 1. diſputat. 28. Theſ. 5.*

Auaritia porro improborum fœneratorum illegitimas illicitaſque vſuras exigentium olim ex Imperatorum Valentini Theodoſii & Arcadii conſtitutione quæ refertur in *leg. 2. Codic. Theodoſ. de vſur.* coercebatur quadrupli pœna quæ illis qui ſupra modum vſuras exigebant irrogari debebat; adeo vt audiendi non fuerint creditores neceſſitatem prætendentes & ob neceſſitatem maiores ſe vſuras, quam leges permittunt, accepiſſe dicentes. Verba eius conſtitutionis hæc ſunt: Quicunque vltra centeſimam iure permiſſam aliquid ſub occaſione neceſſitatis eruerit, quadrupli pœna & obligatione

ligatione conſtrictus, ſine ceſſatione, ſiue requie protinus ablata redhibebit: Hi vero qui antea pari furore grāſſati vſpiam detegentur, in duplum extorta reſtituant.

Quin etiam ex *l.* Gabinia improbi fœneratores ſortis petitionem amittebant Authore Cicerone *1. ad Attic. in fine.*

Iuſtinianeo autem iure qui ſupra modum legibus præſcriptum, vſuras accipiunt, neque in quadruplum tenentur, neque ſortem amittunt, ſed quod ſupra legitimum modum ſtipulati ſunt, ſtipulationi detrahitur, & quod ſolutum eſt, in ſortem computatur: Ita enim Papinianus reſpondit; Pecuniæ fœnebris intra diem certum debito non ſoluto, dupli ſtipulatum, in altero tanto, ſupra modum legitimum vſuræ, reſpondi non tenere, quare pro modo cuiuſcunque temporis, ſuperfluo detracto, ſtipulatio vires habebit *l. pecunia. ff. de vſur.*

Idem quoque ſcribit Paulus in *l. vſuras. ff. de vſur.* vſuras, inquiens, illicitas ſorti mixtas, ipſas tantum non deberi conſtat, cæterum ſortem non vitiare.

Denique Marcianus quoque in *l. placuit. ff. eod.* idipſum hiſce verbis confirmat: Placuit ſiue ſupra ſtatutum modũ quis vſuras ſtipulatus fuerit, ſiue vſurarum vſuras, quod illicite adiectum eſt, pro non adiecto habetur, & licitas peti poſſe.

Cæterum nouiſſimis Imperii conſtitutionibus de anno 1500. 1548. & 1577. quæ extant ſub rubrica **von wucherlichen Contracten** / parte quarta ſortis priuantur improbum illicitumque fœnus exercentes, prout ex verbis illarum conſtitutionum plus ſatis relucet. Nec dubitandum eſt quin ad Iudæos non minus atque ad Chriſtianos ſpectent quia expreſſe, ſine vlla perſonarum diſtinctione, eas obſeruari Imperatores præcipiunt, in verb. **vnnd durch niemandt wes würden oder Standts der ſey** &c: Nec ſane ratio vlla dari poteſt quare Iudæis permiſſum licitumque eſſe debeat quod Chriſtianis illicitum eſt atque prohibitum: & cur in Iudæis id quod per ſe ſua natura improbũm eſt, iure diuino, naturali & ciuili prohibitũ & iniquum, æquum debeat eſſe ac permiſſum. Quamquam vero hæc ſententia veritati per omnia ſit conſona contrarium tamen obſeruari & vbique locorum & etiam in terris Eccleſiæ Hebræos fœnerantes & illicitas vſuras exercentes tolerari ſcribit Clarus *lib. 4. ſent. §. vſura. n. 7.* De hac tamen conſuetudine merito aſſerendum id quod de conſimili praua & iniqua conditione Vlpianus exclamat *in leg. 13. §. fin. Digeſt. de iniur.* quod quidem recepta ſit, ſed nullo iure. Nam & Iuſtiniani conſtitutio quantitatem & modum vſurarum determinans generalis eſt, nec vſpiam in iure excepti repetiuntur Iudæi: Qua itaque ratione ſe violando Cæſareas leges eximere poſſent prohibitione earundem; ſibique priuilegium arrogare & ſumere, quod non modo ciuilibus legibus, ſed æquitati etiam manifeſtæ & diuino iuri repugnaret.

Inſuper vſurarii illicitum & improbum fœnus contra prohibitionem iuris ciuilis exercentes perpetua notantur infamia: Id quod Dioclet. & Maximin. ſanciuerunt in *l. 20. C. ex quib. cauſis infam.* improbum fœnus exercentibus & vſuras vſurarum illicite exigentibus infamiæ macula irroganda eſt.

Sed vtrum hæc infamiæ pœna fœneratoribus ipſo iure irrogetur an vero ad eam irrogandam requiratur ſententia iudicis? Controuerſum eſt: mihi tamen illorum videtur ſubſcribendum

Quæſt. 20. *An infamia improbis fœneratoribus ipſo*

*iure irrogetur.* eſſe ſententiæ qui iudicis ſententiam deſiderant.

Hoc quippe ſatis euincunt verba præcitatæ Conſtitutionis Dioclet. & Maxim. Non enim inquiunt infamiam fœneratoribus eſſe irrogatam, ſed irrogandam eſſe, irrogandam videlicet iudicis ſententia: Et ſane ſi hoc ipſo quod fœneratores ſtatim ſunt infames, non diceretur illis irroganda infamia: nec hic audiendum exiſtimo Hugonem Donellum qui verbum iſtud irroganda ſic accipi oportere ſcribit, irroganda iure meritoque ad Imperatoribus, hæc ſcilicet ſcribentibus: 1. Quia quotieſcunque leges noſtræ de infamia, quæ ipſo iure & ſola lege irrogari debeat, loquuntur, non in futuro, ſed aut in præſenti aut in præterito loquuntur, prout ex edicto prætoris de his qui not. infamia propoſito, relucet, & oſtendunt etiam leges ſingulæ atque vniuerſæ interpretandi illius edicti cauſa ſubiectæ, quibus hi, qui lege & ipſo iure infames fiunt, non dicuntur notandi, ſed notari aut notati infamia; nec vllibi ipſis dicitur infamia irroganda, ſed ſemper aut irrogata aut irrogari. 2. Quia regulariter princeps non ſolet infamiam irrogare, ſed aut lex, aut ſententia, aut pactio; Verbum proinde irroganda de eo quod ordinarie fit potius quam quod extraordinarie intelligi debet, & hoc modo accipi quod infamia fœneratori irroganda ſit non à principe, ſed iudicis ſententia & quamuis vocula iſta IRROGANDA ad principem referretur, prout illam Donellus ad principem refert, innueret tamen quod non ipſo iure, ſed ſententia tamen principis infamia irrogaretur fœneratoribus. Quocirca, interpretatione hac Donelli remota, admodum euidenter probat *dict. leg. 20.* quod fœnerator improbus non fiat ipſo iure infamis, ſed demum iudicis ſententia damnatus infamiam incurrat.

Non obſtat quod *dict. l. 20.* velit infamiam irrogari non iudicatis & condemnatis improbi fœnoris nomine, ſed fœnus exercentibus.

Quandoquidem ſatis aperte ſubiicitur in iſta lege irrogandam eſſe pœnam infamiæ fœnus exercentibus; quod verbum irroganda, cum, vt proxime oſtenſum eſt, non poſſit, niſi ad iudicis ſententiam referri, nec aliter intelligi queat, quam fœnus exercentibus irrogandam eſſe infamiam, ſatis pateſcit exinde, quod lex velit exercentes fœnus notari, ſed damnatos eo nomine: Et ſane diuerſiſſima hæc ſunt: exercentes fœnus notatos eſſe vel notari infamia, & fœneratores eſſe notandos infamia: Prius illud accipi poteſt de fœneratoribus etiam non damnatis ob improbum fœnus exactum: At poſterius non niſi damnatis.

Similiter non patrocinatur opinioni Donelli, quod nulla omnino actio eſſe poſſit de improbo fœnore aduerſus fœneratores, ex qua ille eo nomine damnetur, quæ quidem actio infamiam in ſe admittat: Nam aduerſus eum, qui contra leges fœnus à nobis accepit, aut accepit vſuras vſurarum nulla nobis competit actio, niſi ad repetendum id, quod illicite exactum eſt. Atqui ob hoc competit ſolum conditio indebiti vel ob turpem cauſam, vel ſine cauſa: Quæcunque autem ex his futura ſit, infamiam in irrogare nequeat, etiamſi condictio ex famoſa cauſa pendeat *l. ceſſat ff. de obligat. & Act.*

Nam etſi hæc regula iure recepta & approbata ſit, quod condictio ex cauſa famoſa

famoſa pendens non infamet, excipitur tamen cauſa improbi fœnoris *dict. leg. 20. Codice de his qui not. infam.* ſic vt condictio ob turpem cauſam vel condictio ſine cauſa, ex cauſa iſta pendens, ſit famoſa & condemnatos exinde ſequatur infamia. Vtrum autem hæc pœna infamiæ illis quoque ſit irroganda, qui exercent vſuras intra modum à legibus Cæſareis præſcriptum? dubitatur.

Et quidem Didacus Couarruv. *lib. 3. variar. reſolut. cap. 3. num. 2.* eumque ſecutus Iulius Clarus *lib. 4. ſentent. §. vſura. num. vlt.* Affirmatiuam amplectuntur, idque hac ratione quod leges ciuiles improbum fœnus exercentes infamia afficiant *leg. 20. Codic. ex quibus cauſ. infam.* Iure autem & Naturali & Canonico vſuræ indiſtinctè in quacunque etiam & quantacunque quantitate exerceantur, improbæ ſint & prohibitæ; & ideo Iuſtiniani Imperatoris conſtitutio etiam ad vſuras intra modum præſcriptum exactas intelligi debeat, cum apud Chriſtianos leges ciuiles ſubſeruire debeant prohibitioni iuris pontificii quod iuxta naturalem inſtitutionē vſuras maximis execretur prohibitionibus.

Cæterum hæc opinio proculdubio falſa eſt, ne dicam abſurda: Trita quippe & vulgaris eaque veriſſima regula iuris eſt quod id quod fit iure permittente & concedente pœnam non mereatur: Quomodo itaque vſuræ intra modum à legibus præſcriptum conceſſæ & Imperatorum conſtitutionibus permiſſæ tam graui pœna coerceri poterunt?

Accedit quod Impp. in *dict. leg. 20. Codic. ex quibus cauſis infam.* velint infamia notari eos duntaxat qui improbum fœnus exercuerint: fœnus autem, quod intra terminos ac fines præſcriptos exercetur non poteſt dici improbum. Nolunt itaque Imperatores omnes in vniuerſum vſuras, etiam licitas, ſtipulantes atque exigentes infamiæ pœna affici.

Nec mouet me ratio Didaci Couarruv. & Iulii Clari: nititur quippe falſo præſuppoſito quod nempe vſuræ etiam intra modum ipſis à legibus præſcriptum iuri naturali & diuino repugnent, quam opinionem & hypotheſin falſiſſimam ſupra ſatis abundeque refutauimus. Et quanquam ius Canonicum vſuras indifferenter omnes improbare videatur, iuri tamen potius ciuili vtpote rationi æquitatis euidenti ſubnixo præſertim in quæſtione plane ciuili & ad commercia & negotiationes ciuiles pertinente ſtandum videtur: Nec ad rem facit quod leges ſe ſubmittant ſacris Canonibus *cap. 1. de Nov. oper. nunc.* Nam id verum eſt in dubio, cum nempe de ſententia iuris ciuilis ſatis euidenter non conſtat: Tunc enim præſumentur ſanctiones ciuiles ſequi ſacros canones; Non vero vbi manifeſte & aperte à ſententia Canonum diſcedunt: Atqui, in propoſito cum de prohibitione vſurarum quæritur, manifeſtiſſimè ius ciuile à iure Canonico diſſentit: illud ſiquidem vſuras non ſimpliciter damnat, ſed intra certum modum permittit *leg. Eos. Codic. de vſur.* Hoc vero ſimpliciter vſuras improbat. Quocirca *dict. l. 20. Codic. ex quibus cauſis infamia.* non poteſt contra mentem Iuſtiniani imperatoris & ſententiam iuris ciuilis ad vſuras quaſuis extendi; ſic enim manifeſta contradictio in iure ciuili exiſteret; & quas vſuras Imperator in *d. l. Eos. 26.* conceſſit licitaſq; & permiſſas eſſe voluit, eas in *d. l. 20.* vt improbas dānaret, prohiberet

ac

ac puniret. Vt taceam quod leges pœnales reſtringi potius debeant, ex ſententia communi Interpretum, quam extendi *arg. cap. odia. de Reg. Iur. in ſext.*

*Lit. E. & F.* Quæſt. 21. *An vſurarij etiam extraordinarie & ciuiliter puniri poſſint.*

An porro extraordinarie & criminaliter vſuræ illicitæ puniri queant, non omni omnino dubio caret?

Et quod præter infamiæ pœnam vſurarii non ſint extraordinarie & criminaliter puniendi dicendum initio videtur.

1. Nam quodcunq; fit iure permittente, id pœnam nullam meretur *l. Gracchus, C. ad l. Iul. de adult.* Atqui vſuræ atque fœnus iure ciuili permittuntur, vt hac de re expreſſa eſt conſtitutio Iuſtiniani in *l. eos. 26. C. de vſur.* fœneratores proinde & vſurarii pœnam non merentur ac conſequenter, ex officio iudicis extraordinarie & criminaliter puniri non poteſt.

2. Quin & alia regula iuris fœneratoribus hac in parte patrocinari videtur, quod nempe pœna nemini ſit imponenda, niſi expreſſo iure id reperiatur cautum *l. At ſi quis §. diuus ff. de religioſ. & ſumpt. fun. §. Cum igitur Authent. de n̄o elig. ſecund. nub.* & late probat Menochius *de arbitr. iudic. quæſt. lib. 2. cap. 226.* Atqui nullo iure improbo fœneratori præter pœnam infamiæ iubetur extraordinaria & criminalis imponi pœna.

3. Accedit inſuper & hæc iuris regula non minus euidens & certa, quod ſcienti & volenti non fiat fraus, nec dolus inferatur, aut vlla fiat iniuria *l. Nemo videtur fraudare de reg. iur. cap. ſcienti eod.* Atqui debitor ſciens dat grauiores, quã oportebat, vſuras. Igitur creditor eas accipiens dolum non facit, & conſequenter in ſtellionatum non incidit, nec extraordinarie puniri debet.

4. Denique regula eſt quod actio de dolo ceſſet nec dolus criminaliter puniatur, quando commiſſus purgari poteſt *l. eleganter. pr. ff. de dolo*: Atqui vſuræ ſupra legitimum modum ſolutæ quaſi ſors indebita, repetuntur *leg. ſi non ſortem Digeſt. de condict. indebit.* adeoque condictione indebiti ex quaſi contractu deſcendente dolus purgatur. Igitur improbus fœnerator, etiam dolum committens criminaliter puniri nequit.

Sed tamen quod improbus fœnerator vltra modum à lege præfinitum vſuras exigens vel vſuras vſurarum accipiens non ſola infamiæ pœna afficiatur, ſed criminaliter inſuper puniatur, hiſce rationibus confirmari videtur.

1. Improbi fœneratores exigentes indebitas vſuras doloſe agunt & ſtellionatus crimen committunt *leg. 3. ff. de ſtellionat.* vbi dicitur quod ſtellionatus obiiciatur his, qui dolo quid fecerunt, ſi aliud crimen non ſit quod obiiciatur. Atqui ſtellionatus pœna eſt arbitraria *lege 2. & 3. ſtellionatus* qualem pœnam, ad vltimum ſupplicium vſque exaſperari poſſe ſupra dictum eſt. Proinde improbi fœneratores etiam criminaliter & corporaliter puniri poſſunt.

2. Improbus fœnerator facit aduerſus legum præcepta, dum grauiores vſuras exigit, quam lex permittit & propterea inobedientiæ pœnam incurrit & iudicis arbitrio punitur: Hæc enim inobedientiæ & contemptus principalium mandatorum pœna eſt, vt tradit Menoch. *lib. 2. cap. 265. arbitr. iud. quæſt.*

3. Adde quod pro quolibet delicto priuato, ratione intereſſe publici ad pœnam extraordinariam proceditur *leg. vlt. Digeſt de extraordin. criminib. leg. licitatio §. quod illicite Digeſt. de publican.* ne aliàs delicta impunita maneant.



Digitized by Google

Et hanc ſententiam probant & ſequuntur Iacob.Burrig: *in l.20.C. Ex quib. cauſ.infam.* Couarruu.*lib.2.variar.reſol.c.3. n.8.*Menoch.*arb.iud.queſt.cent.4.caſ.* 398. Iohannes Borcholt.*de vſur.c.5.n.9.& ſeq.*

Non aduerſantur argumenta prioris opinionis: Nam ad primum reſpondetur vſuras & fœnus in jure noſtro non ſimpliciter permitti, ſed intra modum lege & conſtitutione Iuſtiniani definitũ: At ſupra modũ iſtum definitum & præſcriptum adeo non permitti vſuras vt etiam grauiſſima infamiæ pœna vindicentur *d.l.20.C.de his qui not.infam.*

Ad *ſecundum* argumentum non eſt difficilis reſponſio: Nam etſi lex nullam pœnam improbis fœneratoribus decreuerit, judex tamen extra ordinem improbum fœneratorem ob rationes modo allatas punire poteſt; idq; iuris plane indubitati eſſe opinor.

Ad *tertium* quoq; argumentum non eſt difficilis reſponſio: Negari quippe non poteſt dolum manifeſtiſſimum improbo fœnori ſubeſſe vt quod cõtra manifeſtiſſimam legis prohibitionẽ exercetur: Quanquã enim improbũ fœnus exercens in debitorem fortaſſis dolum nõ committat, committit tamen in legem *l. 29.ff.de legib.* Cuius vindex magiſtratus eſſe debet.

Ad *quartum & vltimum* expedita quoq; eſt reſponſio: Nam regula iſta quod conditiones non infament locũ habet, quando dolus ſtat in finib. contrahendi & materia per ſe apta non eſt ad crimen inducendũ: Atqui in propoſito caſu talis materia eſt quæ crimen producere poteſt, cum contra legũ præcepta faciat creditor qui grauiores vſuras exigit vel accipit.

Cæterum, etſi hæc ita ſatis probabiliter pro ſententia poſteriori loco propoſita diſputentur, non tamen priori ſententiæ inhærere dubito: Idque propterea ꝙ pœna fœneratoribus improbis irroganda à lege expreſſe ſit determinata & definita: Infamiam ſiquidem lex irrogat illis qui improbum fœnus exercent *l.20.C.de his qui not.infam.* At quoties pœna alicuius delicti à lege nominatim atq; expreſſe determinata eſt, toties iudicis arbitrio non venit determinanda *arg.l.1. ff. de iure deliberand.* & eam ordinaria pœna infligẽda eſt, extraordinariæ pœnæ locus eſſe nõ poteſt. Vt taceam quod regulariter non ſoleat quis duplici propter idem delictũ pœna affici *l.ſancio 41. ff. de pœnis.*

Neq; huic ſententiæ quicquam detrahunt poſterioris opinionis fundamenta: Nam ad primũ reſpondendũ cenſeo, exactionem improbi fœnoris in ſtellionatũ idcirco non incidere, quia ſit certum & peculiare delictum fœnus, ſeu fœneratio *d.l.3.§.1.ff.ſtellionatus.*

Ad ſecundum reſpondetur, contemptum & violationẽ legum extraordinaria pœna coerceri & vindicari, cũ nulla pœna certa & ordinaria à lege eſt cõſtituta & ſancita: Atqui hoc caſu noſtro pœna improbi fœnoris eſt certa & à lege definita *d.l.20.C.de his qui not.inf.*

Ad tertium quoq; expedita eſt reſpõſio; Illud nempe locum habere quando alias delictũ impunitum maneret, ſi pœna extraordinaria delinquenti non irrogaretur: Atqui propoſito in caſu pœna infamiæ, quæ vtique grauiſſima eſt, fœnus improbum punitur.

Relinquitur proinde ſolam infamiæ pœnam illis irrogari qui fœnus improbũ exercuerint & præter hanc aliam nullum fœneratoribus irrogari poſſe.

Qui de vſuris illicite exactis deq; fœnore improbo eiuſdemq; exactorib. cognoſcere & iudicare debet, anne ſecularis, an vero Eccleſiaſticus iudex eſſe debeat, inter omnes æque non conuenit. Qu. 2. *Quinam de fœnore illicito de que vſurarijs cognoſcere & iudicare debeat?*

Canoniſtæ n. omnes ſtatuunt quod crimen improbi fœnoris ſit crimen Eccleſiaſticũ ꝙ à nemine niſi judice Eccleſiaſtico dijudicari & coerceri poſſit: Hoc autẽ probant hac ratione quod vſuræ illi-

citæ fœnusque improbum decretis pontificum expreſſe damnetur; vſurarii & fœneratores coerceri iubeantur: Clerici quidem officiiq; ſuſpenſione, Laici vero excommunicationis cenſura *c. 1. cum ſequ. c. præterea paræcianis. de vſuris.*

2. Addunt & iſtam rationem quod criminis Eccleſiaſtici iudex debeat eſſe Eccleſiaſticus: Crimen vero improbi & illiciti fœnoris ſit Eccleſiaſticum ex communi interpretum opinione; de qua teſtantur Didac. Couarruu. *lib. 3. Reſolut. c.* 3. vbi dicit omnium vtriusq; iuris profeſſorum conſenſu itum eſſe in hanc ſententiam: Sequitur hunc Iul. Clar. *lib. 5. ſentent. §. fin. q.* 37. iudicem igitur Eccleſiaſticum requirat.

3. Deniq; confirmatur hæc ſententia & hoc argumento quod cauſa reſtitutionis vſurarum, etiamſi agatur inter laicos, ſpectet ad iudicem Eccleſiaſticum neque in ea laicus ſit iudex competens, voluerit Gloſſa *in Clement. 2. in verb. vſuris. de iudic.* Eamq; communem opinionem eſſe dixerit Alber. *in rub. tit. Cod. de vſur. n. 5.* & ita etiam communiter obſeruari, & practicari atteſtetur Lapus de Caſtello. *allegat. 56.* Cui adſtipulatur poſt Alexandr. *in l. quoties. poſt num. 4. verſic. extra* Gloſſ. *Cod. de iud. Iul. Clarus d. q. 37. n. 2.*

Iulius Clarus *in d. q.* 37. tres diſtinguit caſus, ita vt tunc quando pro crimine vſurarum agitur criminaliter vterq; iudex ſecularis & Eccleſiaſticus poſſit criminaliter contra vſurarium procedere: 2. Quando vero ciuiliter agitur inter partes, tunc ſi quæſtio iuris ſuper vſura, ſcilicet numquid contractus ſit vſurarius vel non? agitatur cognitio ad iudicem Eccleſiaſticum ſpectet, neq; poſſit iudex ſecularis in ea vllo modo ſe intromittere. 3. Sin autem vertatur quæſtio facti ſuper vſura, vt ſi non diſceptetur an contractus ſit vſurarius necne, ſed ſolummodo repetantur vſuræ, tunc laicus poſſit eſſe iudex.

Mihi, ſalua aliorum ſententia & iudicio ita ſtatuendum videtur de crimine improbi fœnoris ſolummodo iudicem ſecularem ſiue laicum pronũciare poſſe: Nam prohibitio improbi fœnoris ciuilis eſt ex Imperatorum conſtitutionibus deſcendens, vt patet ex *l. Eos. C. de vſur. l. 20. C. ex quib. cauſ. inf. am.* violatio itaq; huiuſmodi prohibitionis & ipſa ciuilis erit atq; à magiſtratu ſeculari, ſiue politico coercenda.

Nihil huic ſententiæ refragantur quæ in contrarium ſunt adducta: Non certe primum quia plane non ſequitur vſuræ illicitę & improbum fœnus iure Canonico prohibentur: Ergo illicitum fœnus eſt crimen eccleſiaſticum: Sic n. nec de parricidio, de homicidio, Adulterio, raptu ac conſimilib. facinorib. iudices ſeculares cognoſcere & iudicare poſſent, quia huiuſmodi etiã facinora iure canonico prohibita ſunt prout relucet ex *tit. de his qui filios occiderunt. tit. de homicid. tit. de adult. tit. de raptor. &c.*

Ad *ſecundum* argumentũ reſpondetur crimen illiciti fœnoris non eſſe eccleſiaſticum, neq; à Canoniſtis ſemper pro eccleſiaſtico habitum fuiſſe: Nulla quippe decretalis eſt quæ probet vel innuat ꝙ vſurarum illicitarum coercitio & cognitio iudicib. ſecularib. adempta ſit & ſolis eccleſiaſticis competat: Et hoc primũ ſomniaſſe ait Molinæus Canoniſtas nõ veteres illos pauciores, ſed turbam poſtea ſecutam quę communi voto concluſerit ꝙ illiciti fœnoris crimen ſit Eccleſiaſticũ & à magiſtratu duntaxat ſeculari coercẽdũ.

*Poſtremum* argumentum exigui admodum eſt momenti: Etſi n. Communis fortaſſe opinio ſit Canoniſtarum ꝙ de crimine fœnoris illiciti diiudicatio & cognitio ad iudicem Eccleſiaſticum ſpectet; Cõmunis tamen opinio ICtorum & Legiſtarum in contrarium eſt, ꝙ nempe ad forum iudicis ſecularis ſpectet cauſa illiciti fœnoris. Addo ꝙ cõmunis opinio



Digitized by Google

eo duntaxat caſu authoritatem habeat quando legibus iuriſq; rationi non contrariatur, ſed iiſdem congruit: Iam vero ſupra demonſtrauimus ꝙ non ſolum leges civiles ſed ratio etiã iuris naturalis omnino iudicis officio ſiue munere clericis interdicant contra ius proinde diuinũ legeſq; ciuiles nihil vel parum faciet opinio cõmunis: Hinc & Iuſtinianus Imperator *in l.1.§.ſed neq; ex multitudine. 6. C.de iure vet.enucl.* Sed neq; ex multitudine auctorum ꝙ melius & æquius eſt iudicatote, cum poſſit vnius forſan & deterioris ſententia & multos & maiores aliqua in parte ſuperare.

Qu. 23. *An bona vſurarii tacite ſint oppignerata pro reſtitutione vſurarum?* An porro vſurarii bona tacite hypothecata ſint pro reſtitutione vſurarũ diſquiritur? Alii n. hoc affirmant, alii contra negant; Et horũ ſententia non immerito arridet Treutlero noſtro: priuilegiũ quippe tacitæ hypothecæ nemini cõpetere cenſetur præterquã ei cui à lege ſpecialiter & expreſſe tributum eſt; priuilegia quippe non præſumuntur ſed quando allegantur, probari debent; prout hoc relucet ex iis quæ ſupra diſp.1.theſ.4. fuerũt tradita.

Qu. 24. *Anne inſtrumenta quarẽdigiata exceptione vſurarum impedimentum aliquod accipiant?* Illud æque expeditum non eſt, ſi ex ſtatuto vel lege ꝓuinciali inſtrumentum habeat executionem paratam, anne per exceptionem vſurarũ impediri executio poſſit? Negarunt hoc Angelus & Imola *in l.4.§.condemnatum.ff.de re iudic.* Contrarium tamen placet poſt Danielẽ Mollerum *2.ſemeſtr.c.19.* Authori noſtro; Neq; ſententia hæc ratione caret. Statutũ quippe iſtud quo inſtrumentum habet paratam executionẽ neceſſario de eo duntaxat inſtrumento intelligi debet ꝙ turpẽ obligationẽ non cõtinet: Eiuſmodi n. inſtrumento ꝙ cauſam & obligationẽ turpẽ in ſe habet, ſtatuto vim aliquã nedũ paratã executionẽ tribui, perabſurdum ſane foret: vſurariã vero obligationẽ eſſe turpem & inhoneſtã, plusquã manifeſtum eſt, & exinde luculenter patet, ꝙ vſurariæ obligatio in vſurario fœnuſq; improbũ exercente pœna infamiæ coerceatur *l. 20. C. ex quib.cauſ.inf.* Quocirca ſtatutum ſuperius, inſtrumento paratam executionem tribuens, de eo inſtrumẽto intelligi non poteſt, ꝙ vſurariam cõtinet obligationẽ.

2. Addit deinceps Mollerus & hanc rationem ꝙ contra executionem ſententiæ, ſuper inſtrumento contractus vſurarii latæ vſuraria exceptio opponi poſſit prout tradiderunt Rol. à Valle *conſ.39. nu. 41.lib.3.* Tiraq. *de retract.conuen. gl. 2.n.36.in fine.* Natta *conſ.497.ad fin.* Hypol. Bonacoſ. qui hãc opinionem dicit eſſe cõmunem.

Qu. 25. *Fideiuſſor, maiores vſuras ſoluens, contra debitorem an habeat regreſſum?* Inſuper quæſtionis & h.e. ſi fideiuſſor pecuniam, qua creditori ſolutionem vrgenti & executionem minitanti ſatisfaciat, aliunde ſub grauiſſimis vſuris puta de ſingulis centenis octo, nouem aut decem mutuam accipiat, anne id ꝙ vltra legitimum & præſcriptũ modum vſurarũ ſoluiſſet, à debitore repetere poſſit & ſi is ſponte id non redderet an executio cõtra eũ facienda ſit? Affirmat Daniel Moller. *lib.2.Semeſtr.c.40.* Idq; hac ratione motus: quia extra controuerſiam ſit, fideiuſſori mandati actionem competere cõtra debitorem *§.ſi quid autem.vbi Ang.& alii. l. de fideiuſſ.l.itemq; §.fideiuſſores.ff.mandat.* Idque non tantum ad recuperandam ſortem, q̃ pro eo ſoluit, ſed & damna & intereſſe.

2. Ait deinceps Mollerus nemini officium ſuum debere eſſe damnoſum *l.videlicet. l.inter eos.ff.ex quib.cauſ. m.ior. l.ſed ſi quis.in pr. ff.quemadm.teſtam. aper. l.ſi ſervus communis.§.quod vero.ff.de furt.* deque natura fideiuſſionis eſſe, vt is, qui pro alio intercedit, ſervetur indemnis, & tacite contractui id ineſſe, etiamſi expreſſe non ſit dictum Bald. *in l. Conſtitutionibus. C.de vſur.* Iam vero fideiuſſori officium ſuum quod præſtitit debitori fidem ſuam pro ipſo interponendo, detrimentoſum ipſi foret, ſi non recuperaret id etiam à debitore principali, quod vltra præſcriptũ ac definitũ vſurarũ modũ fideiuſſor ſoluit.

3. Confirmat hanc eandem ſententiã



Digitized by Google

& iſta ratio quod ad reſtitutionem illorum damnorum debitorem obligatum habeat fideiuſſor, quæ caſu fortuito acciderunt fideiuſſori iuxta doctrinam Abbat. *conſ. 60. lib.* 1.

Cęterum mihi hęc opinio non placet, ſed contraria longe verior ac probabilior eſſe videtur. Nam fideiuſſor qui ſub grauiſſimis vſuris pecuniam mutuam accepit, potuit ſe tueri excipiendo inutiliter ſe obligatum in id, quo vſuræ promiſſę legitimum excedunt modum *l. Eos. C. de vſur. & ex Ord. Imp. de anno 48. ti.* von Wucherlichen contracten. Idq; aut ſciuit, aut ſane ſcire debuit, cũ ius nemo ignorare debeat *l. 9. ff. de iur. & fact. ignorant.* Atqui fideiuſſor cõtra principalẽ debitorẽ nõ habet actionẽ mandati quando omittit exceptionem aut aliud iuris remediũ, quo ſe tueri poterat, indebitumq; ſciens aut ex juris ignorantia ſoluit: Hoc ſiquidem ſuæ culpæ imputare debet.

2. Accedit huic rationi & textus *in l. ſi fideiuſſor. ff. mandat.* vbi dicitur de fideiuſſore: Non male tractabitur ſi, cum ignoraret fideiuſſor inutiliter ſe obligatum, ſoluerit, an mandati actionem habeat, & ſiquidem factum ignorauerit recipi ignorantia eius poteſt, ſi vero ius, aliud dici debet. Iam vero non poteſt negari quin ratione exceſſus illius illiciti fœnoris fideiuſſor inutiliter fuerit, obligatus *d. l. eos. & d. ordinat. Imper.* Sequitur proinde quod vſuras illicitas ignorantia iuris vel ſciens ſoluens actione mandati contra debitorem non habeat regreſſum.

Ex hiſce fundamentis iam non eſt difficilis reſponſio ad fundamenta contrariæ opinionis quæ adducit Daniel Mollerus: Nam quod ait fideiuſſorem recuperare actione mandati non modo ſortem, ſed etiam damna & intereſſe; id quidem verum eſt, ſed ad ea damna quæ culpa ſua fideiuſſor ſenſit; ſuaque ex ignorantia iuris eſt paſſus extendi debet *d. l. ſi fideiuſſor. Digeſt. mandat. & d. l. idemq; §. generaliter. eod.* ſicut nec ad ea pertinet quæ indebite fideiuſſor ſoluit vt ſupra oſtendimus.

Sic etiam quod dicebatur officium ſuum fideiuſſori non debere eſſe dãnoſum, id quoque concedendum eſt verum huc applicari non poteſt, Nam ſi quod in propoſito damnum ſentit, id ſua culpa ſentire intelligitur, vt ſupra eſt demonſtratum, nec officium, ſed culpa, negligentia ſupina & iuris ignorantia ipſi detrimento eſt. Adde quod fideiuſſor indebitum ſolvens, vel ſcienter, vel ignorantia iuris ſuo officio minime fungatur, cum ad officium eius ſpectet id duntaxat ſoluere quod fide ſua eſſe iuſſit & in quod ſe obligauit; id quod etiam Iuſtinianus non diſſimulat *in* §. 8. *I. mandat.* vbi expreſſe ſancit, mandatarium, qualis etiam reſpectu principalis debitoris fideiuſſor eſt, in quantum excedit mandatum & amplius quippiam ſoluit vel exponit, quam in quod obligatus erat principalis, eius repetitionem non habere.

Ad poſtremum argumentum non eſt difficilis reſponſio: Primo enim quanquam Abbas in loco citato aſſerat quod fideiuſſor de damno, quod caſu fortuito ipſe eſt paſſus, obligatum habeat ſuum principalem id tamen iuris fundamentis non adeo exacte conuenire arbitror, Nã regula iuris eſt quod debitor de caſu fortuito conueniri nequeat *l. 23. ff. de R. iur.* quomodo itaque de caſu fortuito contraria mandati actione teneretur debitor fideiuſſori. *Deinde* etſi damna caſu fortuito contingentia ad debitorem pertinerẽt eundemque ad eorum præſtationem fideiuſſor haberet obligatum; idem tamen de damno quod ſua culpa paſſus eſt fideiuſſor, fines mandati excedendo dicendum foret; tale vero eſſe damnum iſtud quod fideiuſſor ex ſolutione vſurarum illicitarum ſentit, dilucide ſupra oſtenſum fuit.

Relin-

Relinquitur proinde quod fideiuſſor vſuras illicitas promittens ac ſoluens ratione exceſſus vſurarum non habeat aduerſus debitorem actione mandati regreſſum.

*RESOLVTIO THESIS Sextæ.*

Lit. A. TRibus è cauſis vſuras deberi; ex Pacto videlicet, Stipulatione & Mora paulò ſupra oſtenſum fuit. De duobus prioribus pacto nempe & ſtipulatione dictum fuit: de tertio itaque reſtat vt dicamus: Ex mora porro vſuræ duntaxat in bonæ fidei iudicijs deberi conſtat ex *l.* 32. §. 2. *ff. de vſur. & mora.*

Definitur Mora ab Interpretibus variè: Author noſter Iacob. Cuiac. *in l.* 23. *ff. de verbor. obligat.* Iohannem Borhold. in *tract. de verbor. obligat. cap.* 7. *&* 6. ſecutus, putat moram definiendam eſſe; ſoluendi vel accipiendi debiti fruſtratoriam dilationem.

Qu. 26. *Quid ſit mora & de eius definitione?* Definitur mora dilatio, per textum in *l. ſciendum.* 21. *de vſur.* Ideo vero dicitur dilatio, quia omnis qui moram facit debiti ſolutionem vel acceptionem differt.

Additur in definitione fruſtratoriam, quia non omnis dilatio debiti eſt mora, nec omnis qui debitum differt, protenus moram facere dicitur; Non certè tunc quando iuſta ſubeſt cauſa ſolutionem vel acceptionem debiti differendi. *d. l. ſciendum, & l. cum quidam. §. ſi pupillo. eo.* Ob hanc igitur cauſam in definitione non abſolute & ſimpliciter dictum eſt, moram eſſe dilationem, ſed additum eſt eſſe fruſtratoriam dilationem. Et quod mora ſit fruſtratoria probat *l.* 3. §. *final. de vſur. l. hominem.* 36. *mandat.*

Adijcitur in definitione ſoluendi vel accipiendi debiti, propterea quod non tantum debitor poteſt moram facere in ſoluendo debito, ſed etiam creditor poteſt moram facere in accipiendo: Vt ſi debitor quod debet, creditori opportuno tempore & loco offerat, & creditor ſine iuſta cauſa accipere recuſet, tunc moram ipſe facere cenſetur. *l. ſoluturus. ff. de ſolut.*

Sed huic definitioni ſequentia opponi ſolent ab Æmylio Ferret. & alijs.

1. Quæcunque aiunt facti ſunt, ea definiri nequeunt, cum eorum interpretatio plerunque etiam prudentiſſimos fallat. *l.* 2. *ff. de iur. & fact. ignorant. l.* 91. *ff. de verborum obligationibus.* Iam vero mora eſt facti, & in facto videlicet in dilatione debiti & fruſtratione creditoris vel debitoris conſiſtit, vt patet ex *l.* 32. *ff. de vſur. & mora.* proinde mora definiri non poteſt.

2. Nullum præterea homonymum definiri poteſt, ſecundum Ariſtotelem *lib.* 6. *Topic.* At mora eſt homonymũ; ſignificat enim aliquando quamcunque cunctationem & procraſtinationem; interdum interuallum aliquod temporis: Nonnunquam dilationem eius, quod debetur: Mora proinde definiri non poteſt.

3. L. 32. *ff. de vſur.* aſſeritur, difficilem eſſe moræ definitionem; ita vt D. Pius Tullio Balbo reſcripſerit, an mora facta intelligatur, neque conſtitutione vlla, neque iuris auctorum quæſtione decidi poſſe; idq; ea ratione, quia ſit magis facti, quàm iuris.

4. Addit denique & iſtam rationem Æmyl. Ferrettus. *trac. de mora.* eò quod diuiſio non debeat proponi & contineri definitione: In propoſita autem definitione moræ diuiſio eiuſdem, qua in moram debitoris & creditoris diuiditur, contineatur. Idem quod ſingulis moræ ſpeciebus iſthæc definitio accommodari nequeat; id quod tamen bonæ definitionis ſit proprium.

5. Poſtremo ſuperiorem definitionem infringere videtur hæc quoq; ratio,

2. Et quod vi raptor rapiendo ſtatim ab initio moram contrahat,probat euidenter textus *in l.1.§.35.& l.pen.ff. de vi & vi armata.leg.25.§.quod ait ff. de petit. hered.*

3. Idem quoque colligitur ex *l. vlti. Cod.de condict. ob turp. cauſam.* vbi dicitur, contrectatione furis moram in rem fieri.

Huic veriſſimæ ſententiæ non obſtat primò *l.mora.32.§.vltimo.ff.de vſur.& mora.* quo in loco ſecundum Cuiacium oppoſitio fit delicti & moræ, & à delicto debitoris,ſeruum debitum occidentis, mora ſeparatur,ex quo ipſi dicendum videtur, quod delicto mora non committatur: Oppoſitorum quippe diuerſa & oppoſita eſt ratio.

Hoc,vt dixi ſententiæ ſuperiori plane non aduerſatur;obſeruandum quippe eſt quod eo in textu opponatur occiſio ſerui à mora debitoris, ſerui , ex eo autem plane non ſequitur, quod occiſione ſerui debiti mora non contrahatur: Tum quia aliud eſt delictum eſſe moram, & aliud delicto induci, & contrahi mo ram hoc poſterius ſaltem aſſerimus; prius verò non item; & adducta lex 32. probat occiſionem non eſſe moram; id quod nos planè non diffitemur. Tum quia etſi occiſionem ipſam diceremus moram,ideò tamen opponeretur moræ, quia non eſt ſimplex mora, ſed cum alio delicto coniuncta , ſicut etiam furtum non eſt nuda &ſimplex mora,ſed eſt mora cum delicto & crimine alio coniuncta; quanquam vt modò monui, ſi accurate loqui vellemus, nec occiſio ſerui vel animalis debiti, nec furtum mora ſunt, verum ex illis fit & inducitur mora;Vnde etiam quæſtio nunc propoſita non eſt, vtrum delictum ſit mora,ſed vtrum delinquendo committatur mora?

Idem quoque reſpondendum eſt ad *l. 23.88.91.§.ſequitur.ff.de ver.obl.* vbi itidem occiſio ſerui debiti à mora diſcernitur.

Non aduerſatur conſimiliter, quod Forcatulo obijcit Cuiacius, moram emendari poſſe, vt infra dicetur, occiſionem emendari non poſſe, occiſionem proinde non eſſe moram: Ad hoc enim reſpondeo, quanquam hoc ſpeciale ſit in occiſione, quod mora per eam contracta, emendari nequeat, id tamen ad quæuis alia delicta, quæ moram inducunt, trahi non debere, fruſtratio quippe & mora, quæ à malæ fidei poſſeſſore ac fure contrahitur,purgari poteſt, rei ablatæ & mala fide poſſeſſæ oblatione, domino oportuno tempore & loco facta, & huius exemplum ſatis perſpicuum habetur *in l. 29. §. ſi à fure. ff. de verborum obligationibus.* vbi proponitur ſeruum furtiuum,circa quem ab initio mora erat contracta. *dict. l.8. & d. l.penultim. ff. de condict.furtiu.* ſiue mora poſtea deceſſiſſe , quod aliter fieri non potuit , quam priori mora oblatione, debito tempore & loco facta , purgata.

Pari modo non obſtat, quod mora ſit fruſtratio, dilatio, ceſſatio, tarditas, vti paulò ſupra circa definitionem moræ fuit demonſtratum.

Occiſio autem ſeu aliud delictum nihil ſit tale.

In promptu quippe reſponſio eſt,ipſū delictum quidem non eſſe fruſtrationem, dilationem , ceſſationem, tarditatem , ſed per delictum tamen induci & contrahi fruſtrationem, dilationem, ceſſationem,tarditatem.An non enim debitor occidendo ſeruum vel mancipium debitum fruſtratur creditorem, ceſſat eū præſtare, tardat & differt præſtationem & ſolutionem eius,quem prius , quàm occiderit præſtare debuiſſet.Et in delicto furti,vt& rapina res adhuc eſt dilucidior: Nam quando fur rem ablatam detinet& contrectat,nec ꝓtinus domino reſtituit, ceſſat vtiq; eā reſtituere, reſtitutionem differt,fruſtratur denique dominum.

Hinc

Digitized by Google

Hinc etiam liquet, quidnam reſpondendum ſit ad definitionem moræ, quã ſententiæ noſtræ opponunt, negantque delicto competere: Definitio quæ in *l.32. pr. ff. de vſur.* extat, hæc eſt quod mora ſit commiſſa, cum debitor interpellatus oportuno loco non ſoluerit. Nam præterquam quod non ad omnem moram requiratur interpellatio, ſed quædam etiã citra interpellationem contrahatur, vt mox in ſeqq. dicetur, in propoſito etiam interpellatio vtiq; intercedit, non quidẽ interpellat homo, ſed ipſum tamen delictum interpellat iniuſta poſſeſſio propriaque conſcientia poſſidentis eum de reſtitutione facienda admonet.

*Lit. C. Qu. 28. An mora alia ex re ſit, alia ex perſona?*

Mora porro duplex eſt vna ex re, altera in perſonam, quarum hæc regularis, illa verò irregularis appellatur, *l.32. pr. ff. de vſur. & mora.* illa propria, hæc impropria magis authoritate iuris, quàm facto conſiſtit. Iohannes Gœdd. *de contrahend. & cõmittend. ſtipulat.* Borcholt. *tract. de verborum obligat. c.7. & 8. n.11. & ſeq. & in tractat. de vſur. c.3. n.19.* Menoch. *arbitrar. iud. quaſt. caſ. 220. n.6.* Dominic. Arum. *de mora. c.3. nu.1. & ſeqq.* Robert. *de mora. c.3.* Franciſc. Hotoman. *diſp. de mora. c.2. n.7.* Æmyl. Ferret. *tr. de mora. n.14.*

Confirmatur hæc diuiſio fundamentis iuris admodum perſpicuis; inprimis vero *l.23. ff. de vſur. & mora.* quo in loco ICtus Vlpianus hoc modo ſcribit: Aliquando etiam in re moram eſſe decerni ſolet, ſi forte non exiſtit qui interpelletur.

2. Comprobat eandem diuiſionem textus in *l. fin. Cod. de condict. ob turp. cauſ.* vbi eo, qui pecora abegit, non reſtituente pecora abacta, dicitur in rem mora contrahi.

3. In *leg. 3. Codic. in quibus cauſis reſtit. neceſſ. non eſt.* re ipſa moram fieri dicitur.

4. In *leg. 26. §. primo, ff. de fideicommiſ. libertat.* re ipſa mora ſubſequi aſſeritur.

Huic tamen diſtributioni aduerſari, & quod nulla ſit mora ex re, ſed omnis mora ſit ex perſona, probare videtur Marcianus in *l. 32.* vbi ita ſcribit: *Mora fieri intelligitur non ex re, ſed ex perſona, id eſt, ſi interpellatus opportuno loco non ſoluerit.*

Negat itaque Marcianus, moram ex re fieri, & ex perſona duntaxat eam tunc fieri aſſerit, quando debitor interpellatus non ſoluerit.

2. Accedit inſuper huic regula iuris in *l. nulla. 89. de Regul. Iur. & leg. 127. ff. de verbor. obligat.* Nullam ibi moram fieri intelligi, vbi nulla petitio eſt.

Iam verò quando mora ex re contrahitur, nulla eſt petitio ſiue interpellatio, vt quę etiam abſque vlla interpellatione contrahatur, prout iam oſtendetur. Nulla proinde ex re mora contrahitur.

3. In contractu emptionis-venditionis mora ex re dicitur contrahi ab emptore, quando is à venditore accepit precium, nec tradit rem venditam. Et tamen in *l.5. Codic. de act. empt.* hoc caſu dicitur nulla mora interceſſiſſe ſiue interueniſſe.

4. Moræ hæc eſt proprietas, & hic effectus vt vſuræ, quæ propter moram ſemel debentur, ſemper debeantur, & vt ſemel contracta obligationem perpetuet. *leg. ſi ſeruum. 91. §. ſequitur. ff. de verbor. obligationibus.* Atqui hoc moræ, quæ irregularis dicitur, & ex re naſci debet, non poteſt attribui. *l. Titia Seio. 87. §. 1. ff. de legat. 2.* vbi puellæ 22. annis minori centum legata proponuntur, cui quidem citra interpellationem currunt, donec in maiorenni conſtituta eſt ætate, verum ſimulatq; vigeſimum quintum compleuerit annum, deſinunt currere, atque ita ſemel contracta mora expirat, & vſurarũ curſus ſiſtitur, nec rurſus niſi per interpellationem reuiuiſcit: proinde ea quæ ex re contrahi dicitur mora, non

habet

Digitized by Google

habet naturam proprietatem vel effectum moræ ac conſequenter reuera non eſt mora.

Veruntamen, hiſce rationibus non attentis priorem ſententiam adhuc veriorem eſſe opinor.

Ad primum quippe argumentum ex *l.32.ff.de mora.* petitum reſpondetur, primò Iuriſconſultum Martianum illic non negare, quod ex re mora contrahatur, ſed oſtendere ſolum differentiam moræ ex re & ex perſona, quod nempe tunc mora ex perſona ſit contracta non etiam ex re; quando debitor de ſolutione facienda interpellatus & admonitus non ſoluerit.

Deinde reſponderi poteſt, ICtum reſpexiſſe ad id, quod regulariter & ordinarie fieri ſolet; Ordinarie autem & regulariter mora ex re non contrahitur, ſed irregulariter, extraordinariè & paucis quibuſdam caſibus: Aliàs verò quod aliquando ex re etiam mora contrahatur, aſſeruit ICtus Vlpianus *in l.23.de vſur.*

Ad *ſecundum* reſpondetur in *d.l.89. & d.l.127.* per petitionem non intelligi interpellationem ſiue admonitionem debitoris de facienda ſolutione, ſed per petitionem intelligi actionem, qua creditor rem ſibi debitam perſequatur, & à debitore obtineat; ita vt illarum legum hic verus ſit ſenſus: vbi nulla competat creditori actio, ibi etiam moram non poſſe contrahi: ſeu nullam intelligi ibi moram fieri, vbi nulla actio eſt, nullum ius petẽdi iudicio ab eo, qui interpellatur Donel. ad *l.127.n.3.de verbor.obligat.* Quod enim mora etiam ſine interpellatione contrahatur, probat euidenter *l.23.ff.de vſur.* eodemque & cæteri faciunt textus, quos ſupra allegaui. Proinde per petitionem in abiectis LL. non poteſt interpellatio intelligi, ſed neceſſario intelligenda eſt actio, prout vocabulum petitionis vſitate in iure noſtro capitur. *l.extat.13. ff.quod met.cauſ.*

Ad *tertiam* rationem reſpondetur *in d.l.5.C.de act.empt.* cum dicitur moram non interceſſiſſe, accipiendum hoc eſſe de mora regulari & ordinaria, non de irregulari & extraordinaria: Nam quod in mora conſtituatur emptor, cum accipit rem emptam, nec precium tamen ſoluit, probat euidentiſſime *l.13.§.ex vendit.ff.de action.empt.*

Ad *quartum* & vltimum argumentum expedita eſt reſponſio, quod nempe proprietas iſta & effectus, quæ moræ tribui dicuntur, ſint moræ duntaxat regularis & ordinariæ, quæ ex perſona fieri dicitur: proinde ex eo quod eædem proprietates ijdemque effectus non competunt moræ ex re, inferri firmiter nequit, quod proprie non ſit mora.

Conſtat itaque ex his moram duplicem eſſe ex re & ex perſona: Ex re dicitur ea, quæ ex ſolo tempore tardæ ſolutionis infertur. *l.in minorum. C. in quib.cauſ. in integr.reſtitut. neceſſ.non eſt.* Ex perſona vero mora contrahi dicitur, per interpellationem, quando debitor opportuno tempore & loco interpellatus non ſoluit.

Caſus autem quibus ſine interpellatione hominis mora contrahitur, varij recenſeri ſolent.

Et primò quidem mora ex re contrahitũ in perſona minorũ: ita quippe Impp. in *l.3. Cod.in quibus cauſis in integ. reſtitut.* In minorum, inquiunt, perſona re ipſa & ex ſolo tempore tardæ ſolutionis precij recepto iure moram fieri creditum eſt, in his videlicet, quæ moram deſiderant, id eſt, bonæ fidei contractibus & fideicommiſſis & legatis. Idemque ſtatuitur in *l.26.§.1.verſ.certe minorib.ff.de fideicom.libertatib.* & hæc mora id operatur, vt debitor pupilli etiam non interpellatus propter ſolam tarditatem ſolutionis vſuras præſtare cogatur. *l.Titia Seio.87.§.1.ff. de legat.2.d.l.26.§.1.*

Ratio autem, ob quam in perſona



Digitized by Google

minoris ex re mora contrahitur, conſiſtit in fauore pupillorum. *l.5. C. de obligatio. & act.* Hinc etiam quando ad virilem ætatem peruenit, non amplius ipſi mora fit in re, ſed in perſona, finiturque ea, quæ prius ex re contracta erat mora. *d. l. Titia Seio.* 87. §. *vſuras. ff. de legat.* 2. Ceſſante quippe & deficiente cauſa moræ iſtius, fauor ſcilicet ætatis minorennis, ceſſat quoque & deficit mora.

Secundò ex re contrahitur mora, ſi re tradita emptor precium illicò non ſoluit. *l.5. C. de pact. l.13. §. ex vendito. ff. de action. empt.* quibus in locis dicitur, ſi emptor, re tradita precium non numeret, teneri eum ad vſuras: Cui ſane conſequens eſt moram fuiſſe, ſtatim ex tarditate ſolutionis contractum, cum vſuræ non debeantur, niſi ex pacto, ſtipulatione & mora.

Neque tamen putandum eſt hoc in ſola emptione venditione locum habere, ad alios verò contractus non pertinere, qui vltro citroque ſunt obligatorij: Siquidem idem plane, quod de emptione-venditione hic ſtatuitur, ad contractus vtrinque obligatorios accommodatur propter paritatem ſiue identitatem rationis: Ideò quippe ex re mora contrahitur in perſona emptoris, quia fructibus rei emptæ ſibique traditæ fruitur, hac proinde fructuum perceptione admonetur de facienda precii ſolutione. *d. le. 5. & d. l. 13. §. ex vendito.* Atqui is qui ex quouis conſimili alio contractu vltro citroque obligatorio accepit quippiam, interpellatur & admonetur de rei ex contractu debitæ ſolutione faciendo, eo quod rei eius fructus percipit. Borchold. *d. c. 7. & 8. n. 29.*

Inſuper ex re mora contrahitur delicto furti: *l. 8. & l. vltim. ff. de cond. furt. delicto rapinæ. l.1. §. 35. & l. pen. ff. de vi & vi armat.* & alijs conſimilibus delictis, quibus res aliena contrectatur, & fraudulenter detinetur, etiamſi nulla penitus interpellatio à domino ſit facta; Hoc v. ideo, quia, qui rem ita tenet, nouit ſe quamprimum teneri ad eam reſtituendam, eamque confeſtim reſtitui dominum velle. Hinc quoque malæ fidei poſſeſſor in mora eſt, etiam non interpellatus, *l.20. §.11. ff. de pet. heredit. l. ſin autem. § ſi homo. ff. de rei vin.* Sic etiam in pecunia traiectitia contrahitur mora ex re ſine interpellatione, ſi nemo ſit qui ex parte debitoris interpellari poſſit. *l.2. ff. de nautic. fœn.* Quod tamen generale eſſe, & in alijs quoque aliarum pecuniarum debitoribus locum habere probat. *l.23. ff. de vſur. & mora.*

Moram denique, aiunt, ex re contrahi in perſona eius, qui dotem promiſit, ſiue ipſe vxor dotem promiſerit, ſiue alius, Io. Borcholt. *tract. de verbor. obligat.* Dominic. Arum. *de mora. c.4. n.12.* Fundamenta verò huius opinionis ſunt iſta. Qu. 19. *An ex promiſſione dotis mora ex re contrahatur?*

1. In *l. vlt. C. de iure dot. §. præterea.* expreſſe ſancitur ac conſtituitur vt promiſſor dotis, etiam citra vllam mariti, cui dos promiſſa eſt, interpellationem, mora contrahatur. Verba textus hæc ſunt: *Præterea ſancimus, qui in dotem vel prædia, vel certum reditum, vel ædes, vel panes ciuiles dederit vel promiſerit, ſi ex tempore matrimonij biennium exactum ſit, illico redituum, vel penſionum, necnon panis ciuilis quæſtum eum præſtare, etiamſi non fuerint adhuc res principales traditæ, & ſi tota in auro ſit, itidem poſt biennium vſuras vſq; ad tertiam partem centeſimæ præſtari.*

Quod ſi itaque ſtatim poſt biennium elapſum dotis promiſſæ vſuræ præſtandæ veniunt, nulla præcedente interpellatione mariti, ſequitur omninò, quod mora ſolius biennij lapſu, abſque vlla interpellatione contrahatur; vſuræ ſiquidem, ſtipulatione vel pacto non promiſſæ, non debentur niſi ex mora.

Equidem me non latet Vdalricum Zaſium, ſummæ eruditionis & authoritatis Iuriſconſultum *c. 16. ſingul. reſponſ.*

Digitized by Google

ſponſ. circa propoſitam quæſtionem hoc modo diſtinguere, vt ſiquidem dotem ipſa mulier promiſerit, non conſtituatur in mora ex ſolius temporis lapſu, ſed ex interpellatione duntaxat mariti: ſin verò extraneus aliquis dotem promiſerit, tunc ille, etiam citra vllam præcedentem interpellationem, in mora conſtituatur.

Ac proinde textum modo adductum ex *dict.* §. *præterea.* à Zaſio reſtringi ad extraneum promittentem. Atque eandem diſtinctionem defendunt Alberic. Fulgo. Iaſon. Coſtal. *in leg.* 5. *ff. ſoluto matrimonio.*

Cæterùm mihi, ſaluo tantorum Iuriſconſultorum iudicio, hic intellectus recipiendus non videtur: *Tum* quia textus eſt generalis, & de dotis promiſſore indiſtincte loquitur: *Tum*, quia quoad propoſitum, non eſt diuerſa mulieris & extranei ratio: Quin imò in vxore multò maior videtur ſubeſſe ratio, quæ ipſam ex re ſine interpellatione in mora conſtitui ſuadeat; quod nempe maritus onera matrimonialia, pro quibus dos promitti & conſtitui marito ſolet, ſuſtineat, eaque ſuſtinendo contractum matrimonij impleat, non extraneo, ſed ipſi vxori, vt cuius inprimis interſit contractum matrimonij adimpleri, & onera matrimonialia ſuſtineri. *l.* 7. *& l.* 73. *ff. de iure dot.*

Et cùm maritus à tempore initi matrimonij ſtatim onera iſta matrimonialia ſuſtinere incipiat, æquiſſimum eſt & naturali rationi per omnia conueniens, vt ſtatim quoque dotis fructus percipiat, ratione que illorum vxor dotem non præſtando in mora conſtituatur, quantumuis à marito interpellata non fuerit. *argument. l. ſecundum naturam. ff. de regulis iuris.*

Hinc & Paulus in *leg.* 7. *pr. ff. de iure dotium* ita ſcribit: *Dotis fructum ad maritum pertinere debere, æquitas ſuggerit, cum enim ipſe onera matrimonij ſubeat, æquum eſt eum etiam fructus percipere.*

Cum itaque maior ratio obtineat in vxore, quàm in extraneo, non certè video quare in perſona extranei, dotem promittentis, mora ex re contrahatur; in perſona verò vxoris non item.

2. Confirmat deinceps, hanc ipſam ſententiam & iſta ratio, quod dotis promiſſio & datio è numero ſit illorum contractuum, qui ſunt vltro citroque obligatorij. *l. contractus. Digeſt. de Regulis Iuris.*

Quandoquidem ex dotis promiſſione promittens obligatur ad præſtationem dotis; maritus verò obſtringitur ad onera matrimonij ſuſtinenda. *leg. pro oneribus. Codic. de iure dotium. d. l.* 7. *pr. ff. eo. tit.*

Atqui in contractibus vltro citroque obligatorijs, ſi alter contrahentium contractum adimpleuerit, alter contrahentium ſtatim in mora conſtituatur, etſi nondum de ſolutione facienda interpellatus fuerit. *l. curabit* 5. *Cod. de act. empt.*

Quocirca, cum maritus à ſua parte adimpleat contractum, ſuſtinendo onera matrimonij: Idcircò mulier ſtatim in mora conſtituetur.

Sane Vdalricus Zaſius in loco prius citato hoc argumentum diluere nititur, diſtinguendo inter dotis promiſſionem, ſiue dationem, & cæteros contractus vltrò citroq; obligatorios, eò quòd in emptione & cæteris contractib. vtrinq; obligatorijs duo ſint correlata, quorum vnū nō poſſit eſſe ſine altero. At dos poſſit etiam ſine onerib. matrimonialib. eſſe.

Veruntamen ſi hæc ratio vllius momenti eſt & facit, vt mulier non conſtituatur in mora, ſi confeſtim non ſoluat dotem; certè idem planè in extraneo efficiet: Hoc autem ex Zaſij quoque opinione abſurdiſſimum eſt. Igitur & iſta ratio abſurda erit.

Deinde in dotis promiſſione etiam talis correlatio inter onera matrimonij & fructus rei dotalis intercedit, quam correlationem diſerte probat *l.7.pr.ff.de iure dot.l.pro oneribus.Cod. eod.tit.* Et cum dotis finis vnicus & principalis ſit, vt onera matrimonij ſuſtineantur *d.l.pro oneribus.* ſequitur, vt dos non ſit, vbi deficiunt & ceſſant onera matrimonialia, remoto enim & ceſſante fine principali, remouetur etiam & ceſſat finitum Keckermannus in ſyſtem. Logico.

Deinde etſi onera matrimonialia ſine dote eſſe poſſent, non tamen dos abſque illis oneribus conſtitui valeret, vt diſerte traditur in *l.fin.pr.verſic.ſicut enim dos. C. de donat.ante nupt.l.3.ff.de iure dot.* Quomodo itaque dos ab oneribus matrimonialibus ſeparari poſſit, plane non video.

3. Corroboratur præterea ſuperior ſententia, hac quoque ratione, quod mora ex re in debitis Eccleſiæ & pijs cauſis contrahatur *cap.1. & cap auditis. extr. de in integrum reſtitut.*

Atqui dos æquiparetur piæ cauſæ, *c.1. §.donare. qualit. olim feud. alien. poterat.* & ipſa dos quoque piam in ſe continet cauſam, *leg.32. §.2.ff. de condict.indeb.* Igitur in dotis datione & promiſſione contrahitur mora ex re in perſona promittentis.

Cæterum, etſi hæc ſententia veriſſima ſit iuxta & æquiſſima: Contraria tamen Zaſij ſententia rationibus plauſibilibus plane non deſtituitur.

1. Primo enim certum eſt, & expeditum, quod conditionis euentus, ſiue exiſtentia debitorem in mora non conſtituat. *leg.ſi pecuniam.ff. quando dies legat.cedat.*

Iam vero dos ſub duabus promittitur conditionibus; Vna, ſi nuptiæ ſecutæ fuerint; Altera, ſi maritus onera matrimonij ſuſtinuerit.

Igitur dici non poteſt ex re moram contrahi citra interpellationem, dote promiſſa.

2. Iniquum inſuper eſt, cum maritus nondum à ſua parte contractum adimpleuit, mulierem in mora conſtitui: Eſt ſiquidem dotis datio contractus vltro citroque obligatorius. *leg. contractus. ff.de Regulis iuris.* In quali contractu mora ex re contrahitur, quando ex vna parte contractus adimpletus eſt. *leg.5. C.de act. empt.*

Atqui maritus non poteſt ſtatim adimplere contractum matrimonij, quoniam obligatur ad onera matrimonij, toto vitæ tempore ſubeunda.*dict. leg.7.pr.ff. de iure dot.*

Proinde mulier iuſtam habet cauſam, ob quam dotis præſtationem neget, adeoque in mora non conſtituetur.

3. Addunt & iſtam rationem, quod donatio inter virum & vxorem iure ſit prohibita, *tot. titul. ff.de donation. inter vir. & vxorem.* Atqui ratione tacitæ affectionis fructuũ donatio inter coniuges inducitur. *l.ex annuo. ff. de donationibus inter virum & vxorem.* Igitur cum non valeat hæc donatio fructuum, conſequens eſt, nec moram à muliere contrahi, vbi enim nulla eſt petitio, ibi nulla mora contrahi intelligitur.*l.127. ff.de ver. obligat.*

4. Non exigui momenti & iſtud argumentum eſſe videtur, quod ex *l.de diuiſione.5.ff.ſolut.matr.* deſumunt: Nam ibi dicitur, neq; diem conſtitutæ dotis, neque nuptiarum obſeruari, quoad fructus lucrandos debere, ſed quo primum dotale prædium conſtitutum eſt, traditaq; poſſeſſio: vnde ſequi videtur, quod nulla ante traditionem fundi fuerit commiſſa mora, quoniam aliàs euidenter conſequeretur, fructus non à die traditi fundi, ſed moræ, lucro mariti cedere.

5. Deniq; opinionem hanc nullã penitus fouere iniquitatem, ait Zaſius, quia etſi i

Digitized by Google

etſi mulier fruatur rebus in dotem promiſſis atque à marito alatur, maritus tamen vxorem facile interpellare & dotem exigere, ſi velit, poſſit, præſumatur donare fructus, dotem non exigens ipſaque onera nihilominus ſuſtinens *l. quod in vxorem C. de Negot. geſt.* nec marito volenti vlla fiat iniuria. Et quanquam donatio non præſumi dicatur, maxime inter virum & vxorem, vt quæ iure ſit prohibita: Tamen cum illa donatio non conſideretur conſtante, ſed diſſoluto matrimonio, quādo de fructuum diuiſione agitur, ſicque in tempus licitum confertur, merito cenſebitur licita *l. in tempus ff. de heredib. inſtituend.*

Hæc fundamenta, etſi prima fronte appareant valde ſpecioſa, non tamen eius roboris & momenti ſunt vt ſententiam priorem ſubuertere aut fundamenta eius labefactare queant: Quin etiam, ſi penitius inſpiciantur & diligentius conſiderentur, facili negotio deprehendetur, ea non ita eſſe ponderoſa vt ſententiam Zaſii ſuſtinere queant.

*Primum* enim argumentum quod attinet, obſeruandum eſt, regulariter quidem euentum conditionis non conſtituere in mora, ſicut etiam regulariter ſine interpellatione in mora nemo conſtituitur *l. 32. pr. ff. de vſur. & mora.* In dote tamen aliiſque paucis cauſis moram ex re ſine interpellatione contrahi. *arg. l. 23. ff. e. d.*

*Ad ſecundum* reſpondeo, ſi illud vllius efficaciæ eſt conſequetur nec per interpellationem mariti vxorem in mora conſtitui, quia iuſta cauſa præſtationem debiti reique promiſſæ recuſandi impedit quominus per interpellationem mora inducatur. *l. 21. cum ſeq. ff. de vſur. & mora.* Et, ſi conditio dotis non poteſt, niſi finito matrimonio dici extitiſſe; ſequetur quod dos promiſſa, conſtante & durante adhuc matrimonio, non poſſit exigi: Antequam enim conditio exiſtat, non poteſt peti, quod ſub conditione debetur §. *ſub conditione. I. de verbor. obligat.*

Et ſi peti non poteſt, nec mora per interpellationem contrahi valet *argum. l. 127. ff. de verbor. obligat.* quorum vtrumque dictu eſt perquam abſurdum.

Sed falſum tamen eſt, quod pro vero & conceſſo aſſumit Zaſius, quod nempe conditio dotis, quæ in eo conſiſtit vt onera matrimonii à marito ſuſtineantur, ante finitum matrimonium non exiſtat, quodque non poſſit prima etiam die ratione huius finis, maritus dici contractū ſua ex parte compleuiſſe: Tametſi enim reſpectu totius matrimonii maritus non videatur conditionem, ſub qua ipſi dos promiſſa eſt, compleuiſſe. Attamen reſpectu eius temporis, quo matrimonium conſtitit, vtique conditionem compleuiſſe neceſſario dicetur, quia hactenus onera certe matrimonialia ſubiit & ſuſtinuit: Deinde recte Arumæus ait, ex ratione Zaſii hoc abſurdi conſequens fore, quod mulier, quoad dotis promiſſæ præſtationem, nunquam in mora conſtitui poſſit, quoniam marito, dotem exigenti, hanc ſemper oppoſitura foret exceptionem: Tu nondum à parte tua impleuiſti. *l. ſciendum. ff. de vſuris.*

*Ad tertium* argumentum reſpondeo, ſi quicquam probaret & hoc exinde conſecuturum eſſe, quod ne quidem dos ſtipulatione promiſſa, intercedente mora, per interpellationem contracta, exigi poſſet quia & hoc caſu prætendi ex parte mulieris poſſet, donationem fructuum à marito, pro ea, quæ vxorem proſequitur affectione, factam eſſe, eamque donationem iure non ſubſiſtere, adeoque ſe ad præſtationem dotis cogi ac compelli non poſſe; & conſequenter moram à muliere in dotis præſtatione non committi. Præterea hoc argumentum, ſi alicuius modo eſt valoris, euincit, quod à muliere dos inutiliter



Digitized by Google

lite conteſtata in mora conſtituitur debitor *l.3.Digeſt.de vſur.* ita quoque iuramento.

4. Iuramentum & ſententia æquiparantur *l. Actori.Cod. de Reb. credit.* & maiorem authoritatem habet, quam res iudicata *l.2.ff.de iureiurand.* Atqui res iudicata in mora conſtituit debitorem, ſic vt poſt ſententiam, vel rem iudicatam nulla omnino opus ſit interpellatione: Igitur & iuramentum conſtituet in mora ita vt non opus ſit alia admonitione, ſiue interpellatione.

5. In *cap. querelam.* 10. *extra, de iureiurand.* aliquis ſingulis annis ſe duos biſantios ſoluturum iurauerat, quod ſi in ſolutione per biennium ceſſauerit, citra interpellationem moram incurrit & ab Eccleſia remouetur. Vnde dilucide probari videtur quod iuramentum hunc habeat effectum vt abſque vlla alia interpellatione moram ex re inducat.

6. Poſtremo iuramentum huius etiam vis eſt & efficaciæ, vt quod alias inualidum eſt, validum reddat *argum. Authent. Sacramenta puber. Cod. ſi aduerſ. vendit. cap. 2. de iureiurand. in ſext.* facitque actum valere eo modo, quo melius poteſt *l. cum pater. §. filius matrem. Digeſt. de legat. 2.* Proinde & hoc operabitur vt moram inducat ſine interpellatione creditoris. Hæc ſunt argumenta quibus præſens ſententia vulgo defendi ſolet.

Contraria tamen opinio, quod per iuramentum mora ex re non contrahatur, euidentiſſime probatur hac ratione, quod mora ex re, prout ſupra quoque demonſtratum fuit, ſit irregularis, extraordinaria, exorbitans à iure communi eiuſdemque regulis, ac proinde nullo caſu, abſque iuris ſingulari & expreſſa conſtitutione intelligatur inducta; iuri quippe communi & regulis iuris communis tandiu ſtari oportet, vſque dum ab illis iure ſingulari receſſum probetur, *l. quod contra. ff. de Reg. iur. l. quod vero. ff. de Legib.*

Atqui nuſpiam in iure noſtro à regula iſta cõmuni, qua mora per interpellationem debitoris contrahi dicitur, atque ex re induci negatur *in l.32.Digeſt. de vſuris & mora.* quoad iuramentum, neceſſum deprehenditur. Proinde illi ſtandum erit, ſic vt nec in iurata obligatione inducatur mora ex re, nulla interueniente interpellatione.

2. Corroborat amplius hanc ſententiam & iſta ratio quod periniquum videatur, aliquem vno eodemque tempore obligari ſimul & in mora conſtitui *l. quod dicimus.* 105. *Digeſt. de ſolut.* vbi dicitur, cum pure quid promittitur, creditorem non ſtatim debere cum ſacco adeſſe & debitorem ad ſolutionem faciendam vrgere.

Iam vero ſi ſolum iuramentum, quod contractui additum eſt, interpellaret atque interpellando in mora conſtitueret, foret omnino conſequens quod ex iurata obligatione ſimul quis obligetur atq; in mora conſtituatur; Ad hoc itaque abſurdum euitandum, dici oportet quod per iuramentum mora ex re non contrahatur.

3. Inſuper hanc ſententiam egregie confirmat exemplum Vaſalli.

Hic quippe iuramento obſtringitur domino feudi ad ſeruitia feudalia ipſi præſtanda *c. vnic. de Nou. form. fidelit. tit. 23. lib. 2. Feud.*

Atqui vaſallus hoc iuramento ſtatim non conſtituitur in mora, etſi domino ſuo illico ſeruitia non præſtet vel offerat, ſed ad hoc, vt in mora eſſe dicatur, amplius requiritur, vt dominus vaſallum requiſiuerit de ſeruitiis præſtandis *c. vnic. §. licet. ſi de feud. defundi content.*

4. Ad hæc trita eſt ac vulgaris regula iuris, quod iuramentum, vtpote contractuum acceſſorium, ſequatur naturam

Digitized by Google

turam eius actus, cui adiicitur *l. fin. Cod. de non num. pecun. cap. Acceſſorium. de Reg. iur. in ſext.* Couarruu. *d. cap.* 17 *num.* 5. Iam vero contractus cuiuſque pure initi hæc eſt natura, vt debitorem non prius conſtituat in mora, quam is à creditore interpellatus ſit *d. l.* 32. *pr. ff. de vſur. & mora.* Igitur & iuramenti eadem erit natura idemq; effectus.

5. Præterea iniquum eſt debitorem, cui conſtare non poteſt an oportunum ſit creditori ſolutionem ipſi fieri, an minus, propter hoc quod rem iurato promiſſam non ſoluit, in mora eſſe, atque pœnam, moratoribus iure ciuili deſtinatam, ſubire: Iam vero, etſi iurato quis dare quippiam promiſerit, non tamen ſcire poteſt quando ſoluere debeat & quando oportunum ſit creditori accipere ſolutionem. Igitur, cum iuramentum non ſit, nec eſſe debeat vinculum iniquitatis *cap. 1. verſic. quia vero in ſtatutis, de iureiurand. in ſext.*

6. Denique pro eadem hac ſententia facit etiam textus iuris Canonici *in cap. breui. extr. de iureiurand.* vbi quis iura cuiusdam Eccleſiæ ſeruare ac pro poſſe defendere iurauit: ſuper hoc requiſitus appellauit, quæritur an appellatio eum à periurii reatu liberet?

Reſpondet pontifex, appellantem à periurio per appellationem non excuſari, imo, niſi difficultas exiſtat, propter quam requiſitus non poſſet Eccleſiæ ſubuenire, culpa periurii irritetur: In hac facti ſpecie ſub iuramento promiſerat, & tamen ſine interpellatione & requiſitione in mora non conſtituitur, verum per geminam interpellationem & admonitionem morator demum exiſtit.

Huic ſententiæ vtique veriſſimæ non admodum refragantur, quæ in contrarium ſupra fuere adducta.

*Non primum* argumentum: Male enim comparatur iurata obligatio cum obligatione in diem contracta: Hæc quippe idcirco ſine interpellatione debitorem in mora conſtituit, quia cum venit dies, ſtatim conſtare incipit debitori quando ſoluere debeat, & quando ſolutionem fieri interſit creditoris, quandoquidem dies faciendæ ſolutionis gratia adiici ſolet, quo nempe ſcire poſſit & debeat debitor, quando creditor debitum ſibi ſolui velit. Proinde hic inutilis & abſque omni effectu foret interpellatio & admonitio; qui enim nouit quod ſoluere & quando ſoluere debeat, fruſtra de ſolutione admonetur *d. l. Magnam. C. de contrahend. & committend. ſtipulat.*

Hæc autem ratio penitus deficit in iuramento contractui adiecto: etſi enim, vt & ſupra dictum fuit, iurauerit quis ſoluere, non tamen ex hoc iuramento ſuo ſcire poteſt quando commodum & opportunum ſit creditori rem promiſſam præſtari: Quocirca, cum quoad præſens negotium, diuerſiſſima ſit ratio diei & iuramenti male, vtpote à diuerſis, ab vno ad alterum fit illatio. Adde huic, quod iuramentum non propterea, nec ea intentione adiiciatur obligationi & contractui vt eo admoneatur debitor de ſoluendo, ſicut dies interpellationis & admonitionis cauſa apponi ſolet, verum vt eo firmius obligetur debitor adiici contractui ſolet iuramentum.

*Ad ſecundum* reſpondeo; Non ſequi; iuramentum, tanquam alterum vinculum, fortius obligat: Igitur etiam debitorem de ſolutione admonet & interpellat. Procedit hoc etiam argumentum à ſeparatis & diuerſis, à quibus mala fit illatio: Non ſequitur, fortius iurata conuentio obligat & obſtringit, vtpote duplex vinculum, quam conuentio iniurata: Igitur iuramentum interpellat debitorem eumque ſine alia creditoris



Digitized by Google

ꝛtoris interpellatione, in mora conſtituit. Deinde non ſequitur, ſi iuramentum non interpellat, nec moram ex re inducit; Igitur nullum habet iuramentum effectum, nec quicquam operatur: Nam hoc vtique operatur vt fortius obſtringatur promiſſor ex iurata, quam iniurata conuentione, debitoriſque conſcientia magis arctetur.

Ad *tertium* reſpondetur, litis conteſtationi æquiparari iuramentum duntaxat litis deciſorium, de quo loquitur *d. l.9.* §.3. non etiam iuramentum confirmatorium, de quo agitur hoc loco; Deinde litis conteſtationis & iuramenti comparatio inſtituitur in *d.l.9.*§.3. non ſimpliciter, ſed quoad quid duntaxat, nempe quoad obligationis perpetuationem, ſic vt quemadmodum litis conteſtatione actio temporalis redditur perpetua, ita quoque eadem iureiurando litis deciſorio, quo ſibi deberi creditor iurauit, perpetuetur. Denique ratio diuerſiſſima, quoad præſens negotium, eſt iuramenti litis deciſorii & iuramenti confirmatorii: Qui enim iurat ſibi deberi & ſolui oportere, haut ſane obſcure admonet debitorem de confeſtim facienda ſolutione: At qui iurat ſe ſoluturum, is certe nec ſe ipſum admonet, nec ab alio admonetur de ſolutione, vel ſtatim, vel certo ac definito tempore facienda.

Pari modo comparatio, quæ fit iuramenti & rei iudicatæ, ſiue ſententiæ, non procedit in omni iuramento, ſed in iuramento duntaxat litis deciſorio. Deinde quoad firmitatem obligationis fit comparatio non etiam quoad interpellationem & moræ inductionem: Nam ex ſententia, ſiue re iudicata, conſtare poteſt debitori condemnato de tempore ſolutionis: At ex iureiurando non item.

Ad *quintum* reſponſio expedita eſt: Nam obligatio in ſe habebat diem qua ſoluere debebat canonem: hæc dies interpellabat ipſum & in mora conſtituebat, non etiam iuramentum.

Ad *vltimum* reſpondetur, iuramentum non conualidare actum per ſe inualidum ac legibus contrarium *l.5. Cod. de legib. l.7.* §.16. *Digeſt. de pact. l.112.* §. *fin. ff. de legat.1.* Non obſtante *dict. Authentic. Sacramenta puberum.* quia loquitur de contractu per ſe valido ac iure ſubſiſtente, aduerſus quem reſtitutio minori competere negatur, ſi iureiurando confirmatus fuerit. Deinde non ſequitur, iuramentum facit ex contractu inualido validum: Igitur etiam interpellat debitorem & moram ex re inducit.

Remotis proinde hiſce obſtaculis, verum relinquitur quod iuramentum hoc non operetur vt moram ex re, citra interpellationem creditoris, conſtituat.

## *RESOLVTIO THESIS Septimæ.*

*Lit. A. Qu. 31. An vſuræ legatorũ & fideicommiſſorum debeantur à tempore demũ litis conteſtatæ, an à tempore etiam extraiudicialis moræ?*

MOra porro, quæ per interpellationem hominis contrahitur, & regularis, ſiue ordinaria, dicitur, rurſus eſt duplex: Alia quippe iudicialis eſt, alia extraiudicialis.

Iudicialis mora dicitur, quæ per litis conteſtationem, quæ iudicialis eſt interpellatio & admonitio, contrahitur. Et quod litis conteſtatione mora contrahatur, probant euidenter *l.1. & 2. C. de vſur. & fructibus legator. & fideicommiſſor.*

Cæterum incidenter hic noſter Author hanc mouet quæſtionem, vtrum vſuræ legatorum & fideicõmiſſorum à tempore demum litis conteſtatæ, an vero à tempore etiam extraiudicialis currant?

Equidem Iohannes Coraſius 2. *Miſcell. cap.7. num. 4. & ſequentib.* ſtatuit, tantum à tempore litis conteſtatæ vſuras legatorum & fideicommiſſorum deberi,

 non

non etiam à tempore extraiudicialis moræ. Fundamenta, quibus mouetur, vt ſic ſtatuat, hæc ſunt.

1. In *l.1. Cod. de vſur. & fructibus legator.* Seuerus & Antoninus Impp. *Legatorum inquiunt ſeu fideicommiſſorum vſuras ex eo tempore quo lis conteſtata eſt, exigi poſſe manifeſtum eſt.*

2. Et Antoninus Imperator *in l. 2. eod. tit. etſi* ait, *conſtiterit legi Falcidiæ locum non eſſe, & vſuras & fructus poſt litem conteſtatam percipietis.*

3. In *l. 91. §. fin. Digeſt. de legat.1.* Iulianus ICtus hoc modo ſcribit: *Cum homo ex teſtamento petitus eſt, cauſa eius temporis quo lis conteſtabatur repræſentari debet Actori & ſicut partus ancillarum, ſicut fructus fundorum interim percepti in hoc iudicium deducuntur; ita quod ſeruo legatorum vel hereditatis nomine interim obuenerit, præſtandum eſt petitori.*

4. In *l. fin. Cod. de vſur. & fruct. legat.* reſcribit Gordianus, *In legatis & fideicommiſſis fructus poſt litis conteſtationem, non à die mortis conſequuntur, ſiue in rem, ſiue in perſonam agatur.*

5. In iudiciis ſtricti iuris, ait Coraſius, vſuræ currunt à tempore demum litis conteſtationis, non vero à tempore moræ extraiudicialis *l. lite conteſtata. ff. de vſur.* Actio autem ex teſtamento, qua fideicommiſſa & legata petuntur, eſt ſtricti iuris *argum. §. Actionum. I. de Action.* Igitur legatorum & fideicommiſſorum vſuræ debentur à tempore duntaxat litis conteſtationis, non autem à die moræ extraiudicialis. Et quamquam legata & fideicommiſſa bonæ fidei iudiciis aliquando comparentur, hoc tamen ſpeciali ratione conſtitutum eſſe dicit Coraſius in perſona minorum *l. in minorum Cod. in quibus cauſ. reſtit. in integr. neceſſ. non eſt.* Aut cum ſubeſt alia vel naturæ vel legis æquitas.

Cæterum ab hac ſententia communis Dd. ſchola recedit, ſtatuens pro legatis & fideicommiſſis vſuras deberi non ſolum à tempore litis conteſtatæ, ſed etiam à tempore extraiudicialis moræ, ſi nempe ea ante litis conteſtationem ſit facta. Quam ſententiam ſequentia argumenta confirmant.

1. In *l. 3. ff. de vſur.* Papinianus ICtus apertiſſime demonſtrat, legatorum & fideicommiſſorum vſuras à tempore extraiudicialis moræ deberi: hoc quippe modo ſcribit: *In fideicommiſſi perſecutione, cum poſt iudicis ſententiam moram feciſſet heres iuſſit Imperator Marcus Antoninus intermiſſo legitimo tempore, quod condemnatis præſtatur, vt vſque ad ſententiam commoda fideicommiſſarius accipiat, quod decretum ſic accipi oportet, ſi ante iudicis ſententiam mora non interueniat: Tametſi non facile euenire poſſit vt mora non præcedente perueniatur ad iudicem: Cæterum ſi antequam ad iudicem perueniretur in mora heres fuit, exinde fructuum præſtandorum neceſſitate adſtrictus &c.*

Ecce hic ICtus expreſſe ſcribit, ſi mora, ante quam ad iudicem peruentum eſſet, atque ſic extraiudicialiter, contracta fuerit, fructus à tempore iſtius moræ deberi. Iam vero fructus & vſuræ comparantur in legatis & fideicommiſſis *l. 34. Digeſt. de vſur. & fruct.* Igitur vſuræ quoque debentur à tempore extraiudicialis moræ.

2. Accedit deinceps & iſta ratio, quod fideicommiſſa atque legata, quoad vſurarum & fructuum præſtationem, comparentur bonæ fidei iudiciis: ita quippe Vlpianus *in l. 34. Digeſt. de vſur. Vſuræ vicem fructuum obtinent & merito non debent à fructibus ſeparari; Et ita in legatis & fideicommiſſis & in tutelæ actione & in cæteris bonæ fidei iudiciis ſeruatur.* Iam vero ſatis abundeque conſtat, quod in bonæ fidei iudiciis vſuræ ſtatim à tempore moræ extraiudicialis debeantur *l. 32. §. 2. Digeſt. de vſur. & mora.* Quocirca idem quoque de

fidei-

fideicommiſſorum & legatorum vſuris dicendum erit.

3. Adſtipulatur & ICtus Paulus *in l. 17. §. fin. Digeſt. eod. tit. de vſur.* vbi docet quod heres, qui moram fecerit in ponendis ſtatuis vel imaginibus legatis, ſtatim in vſuras condemnetur: verba textus illius hæc ſunt: *Si dies non ab his qui ſtatuas, vel imagines ponendas legauerunt, præfinitus, à præſide tempus ſtatuendum eſt & niſi poſuerint heredes, vſuras Reipubl. vſq; ad tertium centeſimæ pendent.*

4. Modeſtinus etiam his ſuum calculum addit *in l. 39. Digeſt. de vſur.* vbi equis, per fideicommiſſum legatis, poſt moram heredis fœtus quoq; deberi ait.

5. Denique Paulus *in l. Titia Seio. 87. Digeſt. de legat.* 2. ſententiam hanc confirmat, ita ſcribens: *Vſuras fideicommiſſi poſt impletos annos viginti quinq; puellæ, ex quo mora facta eſt, deberi.*

Equidem Iohannes Coraſius in allegato loco ad hoſce textus reſpondet, eos de mora iudiciali, quam per litis conteſtationem contrahi ſupra dictum eſt, intelligi oportere; idque argumento *l. qui ſolidum. §. etiam. Digeſt. de legat.* 2. vbi Papinianus poſtquam docuit, vſuras legatorum aut fideicommiſſorum etiam Rempubl. poſt moram præſtare oportere, moram interpretatus eſt per ſententiam: *Sarciendum erit*, inquiens, *ab his, qui poſt dictum ſententiam ſoluere ſuperſederunt.*

Veruntamen non eſt quod hæc interpretatio quenquam moueat: Quod enim prææallegati textus intelligendi ſint de mora etiam extraiudiciali, euincit hæc ratio, quod de mora generaliter & indiſtinctè loquantur, mora autem extraiudicialis etiam ſit mora; atque ideo, quod illic de genere moræ prædicatur, etiam de extraiudiciali mora exaudiri oporteat. Deinceps textus paulo ſupra ex *l. 3. Digeſt. de vſur. & fructib.* allegatus, diſerte loquitur de mora extraiudiciali. Nec obſtat *dict. l. qui ſolidum. §. etiam.* loquitur quippe de Republ. quæ hoc ſingulare atque præcipuum habet quod moram non contrahit in legatis & fideicommiſſis extraiudicialiter, quoad vſurarum & fructuum præſtationem. Deinde, ſi ad rem faceret iſte textus, conſequens certe foret, vſuras & fructus legatorum atque fideicommiſſorum non deberi niſi à tempore ſententiæ latæ, quoniam hoc de Republ. expreſſe *in d. §. etiam* aſſeritur.

His non aduerſatur, quod in allegata *l. 1. & 2. Cod. de vſur. & fructib. legator. in l. 91. §. fin. Digeſt. de legat.* 1. & denique *in l. fin. Cod. d. tit.* traditur. Reſpondendum quippe eſt, vnius incluſionem non eſſe alterius excluſionem, ac proinde ex illis textibus non recte inferri hoc modo, vſuræ legatorum & fideicommiſſorum debentur à tempore litis conteſtatæ: Igitur non debentur à tempore moræ extraiudicialis, quæ litis conteſtationem præcedit: Imperatores quippe non vtuntur illic particula excluſiua, ſiue taxatiua: Deinde in iſtis locis non proponunt Imperatores regulam, ſed ad quæſtionem facti à conſulentibus ſibi propoſitam reſpondent, quæ cum de hoc concepta fuerit, vtrum vſuræ legatorum ac fideicommiſſorum à tempore litis conteſtatæ debeantur, ideo ad eam ſeſe accommodantes de litis quoque conteſtatione duntaxat reſpondere voluerunt, ne de alio reſpondiſſe videantur quam de quo quæſiti & conſulti fuerunt. Adhæc Antonius Faber *lib. 7. coniect.* 3. ait, quod in adductis legibus dicitur, vſuras legatorum & fideicommiſſorum à tempore litis conteſtatæ deberi, id de eo caſu intelligendum eſſe, quo ante litis conteſtationẽ mora facta non erat; Et quanquam Iohannes Coraſius hanc interpretationem ideo violentam eſſe ſcribat,

quia hæc interpretatio literæ prædictorum textuum parum conueniat; deinde quia non facile peruenire ad iudicem ſoleat antequam mora fuerit contracta: non tamen propterea iſtam repudiari iure poſſe arbitror: Siquidem non admodum ſpectatur vtrum interpretatio legis conueniat verbis, ſed potius attenditur, an ſententiæ ac menti legumlatoris, aliis itemq; legibus congruat *l. quamuis. ff. de in ius vocand.* iam vero hanc interpretationem conuenire textui, *d.l.3.* perſpicue ſupra demonſtratum fuit. Deinde, etſi non facile ad iudicem veniatur, mora prius non contracta, ipſe tamen ICtus Papinianus oſtendit aliquando ad iudicem perueniri mora antea non contracta, eoq; caſu, ait, vſuras legatorum & fideicommiſſorum non demum à tempore litis conteſtatæ, ſed etiam à tempore iſtius moræ, extraiudicialiter contractæ, deberi.

Poſtremo non reſiſtit noſtræ ſententiæ quod legata & fideicommiſſa, actioq; nomine eorum competens, ſit ſtricti iuris: Nam hoc verum eſt, quoad vſuras tamen & fructus bonæ fidei iudiciis æquiparantur, per textum expreſſum *in d.l. 34. ff. de vſur.* quo in loco ait Vlpianus; vſuras vicem fructuum obtinere & merito non debere à fructibus ſeparari & ita in legatis & fideicommiſſis & in tutelæ actione ſeruari. Ex quo liquet, falſiſſimum eſſe quod Coraſius ſcribit, certis duntaxat quibusdam caſibus petitionem legatorum & fideicommiſſorum comparari bonæ fidei iudiciis.

Litt B. Mora porro extraiudicialis per interpellationem contrahitur & inducitur *l. 32. ff. de vſur.* Interpellatio vero iſta duplex eſt, vna expreſſa, altera tacita: *Expreſſa* dicitur, quando creditor debitori dicit ſolue quod mihi debes. Et hanc interpellationem fieri, vel ab ipſo creditore, vel ab alio, nomine creditoris, cui videlicet creditor hoc mandarit, nihil intereſt. Et quod per procuratorem rite atque legitime denunciatio fiat, diſerte ſcribit Paulus *in l. 24. §. 2. ff. de vſur. & mora*: Mora, inquiens, videtur creditori fieri, ſiue ipſi, ſiue ei, cui mandauerat, ſiue ei qui negotia eius gerebat mora facta ſit.

2. Idemque probare videtur *l. 17. §. 4. ff. ad L. Iul. de Adult.* quo in loco ait Vlpianus: Sed etſi per procuratorem denunciauerit, puto poſſe eum accuſationem, ſi velit, inſtituere, ſufficereq; procuratoris denunciationem.

3. Et cur per procuratorem interpellatio minus, quam alii actus perfici poſſint, ratio profecto nulla eſſe videtur.

Nec obſtat huic textus *in l. 32. §. 1. ff. de vſur.* vbi Marcianus ait, non ſufficere ad moram vt à procuratore denunciatio ſit facta. Nam obſeruandum, illic ideo denunciationem per procuratorem factam non inducere moram, quia fuerat non ipſi debitori ſed ſeruo eius facta, quam omnino fieri oportebat ipſi debitori: Hinc etiam ibidem dicitur, nomen denunciatione ſeruo debitoris facta, moram non contrahere, etſi ab ipſo domino facta fuerit.

Similiter non refragatur quod actionem vel aliam rem quampiã procurator alteri acquirere non poſſit *l. 1. Cod. per quas perſon. nob. acquir.* Ad hoc enim reſpondet Paulus *in dict. l. 24. §. 2.* hoc caſu per liberam perſonam nobis non acquiri, ſed officium impleri, ſicuti, cum quis furtum mihi facientem deprehendit, negotium meum agens, manifeſti furti actionem mihi parat. Et quanquam ex huiuſmodi interpellatione, per procuratorem facta, debitore ceſſante vſuras & fructus aliasq; acceſſiones creditor conſequatur, quas non conſequeretur ſi interpellatio nõ interceſſiſſet: Recte quippe Donellus reſpondet, iſtas acceſſiones ad creditorem non tam ex denunciatione, quam ex ceſſatione debitoris, in pœnam moræ ab ipſo contractæ, ſpectare.

Sed l

Lit. C. Qu. 32. *An ad moram vnica ſufficiat interpellatio?*

Sed vtrum ad moram vnica ſufficiat interpellatio, an verò plures requirantur interpellationes, quæſtionis eſt intricatæ?

Et quod plures deſiderentur interpellationes ſtatuunt Iohannes Corraſius *lib. 2. Miſcell. c. 6.* Æmyl. Ferrett. *de mora. nu. 21.* Petr. Coſtal. *ad l. 32. verſic. non ſufficit. ff. de vſur.*

Et in hanc ſententiam mouentur ſequentibus fundamentis.

1. In *l. Qui Romæ. 122. §. cohæredes. ff. de verborum obligationibus.* tutores, de quibus ibidem tractatur, in mora conſtituti fuerunt, & hæc mora cauſata fuit ex eo, quod mulier ſæpius tutores conuenit & deſiderauit partem ſuam emi: Ad moram proinde conſtituendam non vnica, ſed reiterata requiritur interpellatio.

2. In *l. Æmylius Lucianus. 38. ff. de minoribus.* aſſeritur, tutoribus in ſolutione ceſſantibus, venditorem, denunciationibus, tutoribus ſæpe datis, poſſeſſionem alteri vendidiſſe.

3. In *l. ſi mandatum Titij. 59. §. ille. ff. mandat.* itidem proponitur, mandatorem ſæpius à mandatario conuentum fuiſſe, iſtaque ſæpius repetita admonitione & interpellatione actionem perpetuatam fuiſſe: Atqui ad perpetuandam actionem deſideratur mora; proinde per interpellationem ſæpe repetitam mora contrahitur.

4. In *l. Qui Romæ. §. Seia. ff. de verborum obligat.* dicitur; ſi Seia non ceſſaſſet ex ſtipulatione pecuniam offerre, iure vſuras non deberi: Hic ad moram contrahendam deſideratur, vt qui ſemel interpellauit, interpellare non deſinat.

5. In *l. 32. §. 1. ff. de vſur.* deſiderat Marcianus ad moram contrahendam *debiti repetendi inſtantiam.* Igitur non ſufficit, creditorem ſemel duntaxat de ſolutione debitorem interpellaſſe.

6. In *Nouell. 117. c. 15.* Diuus Iuſtinianus Imperator expreſſe conſtituit, non licere marito ſuſpectum de adulterio cum vxore, niſi ter in ſcriptis denunciauerit, occidere.

7. In *Nouell. 115. c. 2.* ait Iuſtinianus: Dicenti ſe allegare velle, dari tres dilationes ſucceſſiue, & ante earum lapſum non poſſe iudicem ſententiam proferre.

8. In *l. ſi conuenerit. ff. de pignorat. act.* ait ICtus: vbi conuenerit, ne pignus diſtraheretur, creditorem, ſi diſtraxerit, furti obligari, niſi ter fuerit denunciatum, vt ſoluat, & ceſſauerit.

9. In *Authent. Statuimus. C. de Epiſcop. & Cleric.* Imp. Fridericus ſcribit hæc in verba: *Sancimus, vt ſi quis Clericis vel Eccleſiaſticis perſonis iuſtitiam denegare præſumpſerit, tertio requiſitus iurisdictionem ſuam amittat.*

10. In *l. Quidam Hyberus. 12. ff. de ſeruit. vrban. præd.* Vicinus cuiuſdam Hyberi monuerat eum, ne tubulos, hoc eſt, canales fictiles, varijs vſibus accommodatos, haberet admotos ad parietem communem, ſicuti nec parietem quoq; ſuum ſuper parietem communem, Hyberus, cum non acquieſceret petitioni huic, epiſtolam ad Proculum ICtum ſcripſit, petijtque in ea, vt cum Hybero loquatur, ne rem illicitam faciat: Quod ſi itaque vicinus vicinum tam ſollicita cura compellat & moneri facit, cur non multo magis extraneus extraneum.

11. In ijs, quæ magna adferre ſolent damna & præiudicia, ſimplex admonitio ad obligandum admonitum non ſufficit, *argument. l. ſi ſerui. ff. de negot. geſt. vbi & gloſſ.*

Atqui mora ſecum trahere ſolet ingentia damna, incommoda & præiudicia: ſiquidem obligationem temporalem perpetuat. *l. 14. ff. depoſit.* Obligationem acceſſionibus auget. *l. 32. §. 2. ff. de vſur. l. 80. ff. de verborum obligationibus. leg. 91. §. ſequitur. eodem.*

Igitur ad eam vnica admonitio non ſufficit.

12. Poſtremo Apoſtoli, ſiue literæ demiſſoriæ ſæpius & inſtanter petendæ ſunt. *l. 1. §. ſufficit. ff. de libell. demiſſ.*

13. Et *in l. 1. §. 10. ff. de ventr. inſpic.* mulier, quæ ſe, mortuo marito, prægnantem eſſe dicit, bis denunciare in menſe debet ijs, ad quos ea res pertinet, vt mittant, qui ventrem inſpiciant.

Ex hiſce fundamentis probare & adſtruere vulgo conantur, quod ad moram conſtituendam non ſufficiat vnica interpellatio, ſed plures ſæpiuſque repetitæ denunciationes deſiderentur.

Cæterùm communis Dd. ſchola in contrariam deſcendit ſententiam, ſtatuitque ad moram inducendam vnam ſufficere admonitionem, ſiue interpellationem, nec plures neceſſarias eſſe. Ita Bart. & Iaſon. *in l. 112. §. Seia. ff. de verborum obligationibus.* Iacob. Menoch. *de arbitr. iudicum quæſtion. cap. 220. numer. 26. 27. & ſequent.* Iohannes Borcholt. *in tractat. de verborum obligationib. c. 7. & 8. numer. 43. & ſequentibus.* Donellus *de Mora. capit. 2.* Fr. Duaren. *ad L. Qui Roma. 122. §. cohæredes. de verborum obligationibus.* Andreas Gail. 1. *obſeruation. 28. numer. 1.* Iacobus Cuiacius *ad l. 27. ff. de vſur. tractat. 8. ad Africanum.* Iohannes Gœddeus *in tractat. de contrah. & committ. ſtipulat. cap. 11. numer. 66. & ſeq.* Domin. Arum. *in tractat. de mora. c. 5. n. 15. & ſeqq.*

Fundamenta, quibus hanc ſuam ſententiam ſtabilire conantur, ſunt hæc:

1. Finis moræ principalis atque præcipuus hic eſt, vt debitori poſſit conſtare, quando oportunum ſit creditori ſolutionem fieri: Atqui ex vnica etiam admonitione & interpellatione debitori conſtare poteſt, quando creditor ſibi ſolui velit debitum, idcirco pluribus admonitionibus opus non eſt; Et ſanè ſuperuacaneum eſt, moneri eum vt ſoluat, qui intelligit, ſe id facere debere ex creditoris admonitione, ſiue interpellatione.

2. Leges *32. pr. & §. 1. ff. de vſur. l. ſi ex legati. 23. verb. interpellatus. l. Qui Roma. 122. §. Seia. ff. de verborum obligationibus. l. Titia Seio. 87. §. 1. de legat. 2. l. 3. §. 1. ff. quod vi aut clam. l. 13. §. 1. ff. de oper. nou. nunciat.* ſimpliciter de interpellatione atque in ſingulari numero, non in plurali loquuntur, interpellationem, non interpellationes exigentes.

Simplex autem ſermo de actu vno atque primo intelligitur, vbi aliud in ſpecie non cauetur. *l. boues. §. hoc ſermone. ff. de verb. obligat.*

3. Accedit huic, quod lapſus diei pro interpellatione cedit. *l. magnam. C. de contrahend. & committend. ſtipulat.* & dies pro homine interpellare dicitur. *l. 2. C. de iure emphyteutico.*

Atqui ad hoc, vt in mora ſit conſtitutus debitor, ſufficit diem ſemel extitiſſe, debitoremque interpellaſſe. *dict. leg. Magnam.*

Quocirca vnica etiam interpellatio moram inducit: & ſi vna tacita interpellatio ſufficit, cur non etiam vna expreſſa ſufficeret interpellatio ab homine facta.

4. Comprobat hanc opinionem etiam textus in *l. Titia Seio. 87. §. vſuras. ff. de legat. 2.* vbi diſerte dicitur, ſufficere ſemel interpellationem interueniſſe: Nec audiendi ſunt diſſentientes, particulam *ſemel* non ad interpellationem, ſed ad moram referentes, quaſi hæc fuiſſet ibi mens & ſententia ICti, ſufficere ſemel moram interueniſſe, quæ vnica vt ſit, plures interpellationes exigat. Nam intentio & mens ICti huic interpretationi plane repugnant.

5. Iudicialem interpellationem, quæ fit per litis conteſtationem, non niſi vnicam interuenire poſſe, & tamen quin in mora debitorem conſtituet, dubitare

non

Digitized by Google

non licet; Cur itaque non etiam vna ſufficeret extraiudicialis interpellatio? cum ratio diuerſitatis nulla aſſignari poſſit.

His non aduerſantur, quæ in contrarium adducta fuerunt: Nam ad primum, ſecundum & tertium reſpondetur, in adductis legibus. *l.59.ff.mandat.l.122.§.cohæredes.ff.de verb.obligat.l.38.ff.de minoribus.* & ſimilibus locis, hiſtorice duntaxat narrari quid factum ſit, non quid fieri debuerit: ſicut ergo dicitur, non inſpici debere, quid Romæ fiat, ſed quid fieri debeat. *l.12.ff.de offic.præſid.* Ita quoque in hac iuris quæſtione ſpectandum, non quid ex abundanti fit, ſed quid fieri debeat: Verba quippe facti narratiua iuris diſpoſitionem non inducunt, ſeu, vt Iaſon ait, ex contingentia facti non licitum eſſe arguere in iure, quando legiſlator in ea ſe non fundat. Non igitur ſic recte infertur, in præcitatis textibus proponitur & refertur, debitores fuiſſe pluries interpellatos; Igitur vt pluries interpellentur ad moram neceſſarium eſt.

*Ad quartum* reſpondetur, in *d.l.Qui Romæ.122.§.Seia.* non agi de mora conſtituenda, ſed potius de mora purganda & tollenda: Agitur quippe de debitore, debitum offerente, qui offerendo ſuam purgat moram, & ſimul creditorem in mora conſtituit, ſic, vt vſuræ, quæ ex præcedente mora currere cœperant, ſiſtantur, & currere deſinant. Vt vero hæc mora creditoris per poſteriorem debitoris (quæ ſemper nocere ſolet *l.91.§.ſequitur. ff.de verborum obligationibus.*) non purgetur aut tollatur; ideò opus eſt, vt ex quo ſemel obtulit, ſemper inſtructus & paratus maneat ad ſoluendum, & hoc vult ICtus in *d.§.Seia.* Gœdd. *d.c.11.n.69.*

*Ad quintum*, ex *l.32.§.1.de vſuris.* petitum, reſpondeo, eo in loco idcirco vnicam non ſuffeciſſe denunciationem, quia non ipſi debitori, ſed ſeruo ac familiæ eius facta erat; quæ ſi debitori facta fuiſſet, ſuffeciſſet, nec inſuper alia interpellatio requiſita fuiſſet: committitur proinde fallacia cauſæ.

*Ad ſextum* reſponſio in promptu eſt. Nam in *d.Nouell.117.c.15.* ideo trina requiritur denunciatio, nec vnica ſufficit, quia agitur illic de adultero occidendo, adeoque de magno & ingenti præiudicio ac damno, ad quod tam celeri feſtinatione non videbatur perueniendum.

*Ad ſeptimum* quoque non ita difficilis eſt reſponſio: Nam nec in ea *Nouella 115. c.2.* agitur de contrahenda & conſtituenda mora, ſed ad iudiciarium ordinem pertinet, à quo temere recedendum non eſt: Ratio autem, ob quam ſæpe reiteranda eſt admonitio vel termini conceſſio, hæc eſt, ne facile conqueri poſſit litigans, ſe arcto nimis conſtringi ſpacio, cum re; ad ſententiam vergat. Arum. *d.loc.*

Ad *l.4.ff.de pign. act.* octauo loco allegatam reſponſio hęc eſt, idcirco trinam illic deſiderari denunciationem, quod ibi agatur de priuatione dominij; adeoque de magno debitoris præiudicio, & inſuper de alienatione tractetur contra conuentionem, ſiue pactionem, expreſſam facienda; conuenerat ſiquidem inter debitorem & creditorem, de pignore non diſtrahendo, contra hanc conuentionem quo fieri poſſit pignoris diſtractio, deſideratur trina denunciatio.

*Ad nonum* argumentum itidem facilis eſt reſponſio: Idcirco enim in *d.authentic. Statuimus.* trina requiritur denunciatio & admiſſio, quia de amiſſione ſiue priuatione iuriſdictionis ibi agitur, propter denegatam iuſticiam facienda.

*Ad decimum* reſpondetur, illud penitus nihil concludere; nec enim proponitur ibi Hiberum ter fuiſſe admonitum & interpellatum.

Et

Digitized by Google

Et aliàs argumentum iſtud à ſeparatis procedit.

Non reſiſtit quoque *vndecimum* argumentum. Nam ad hoc reſpondetur, incommoda quidem & damna quædam eſſe moræ, verum hæc moratorem ſentire non videri, quia ſua culpa ſentit.

*Ad duodecimum* reſpondet Gœddeus, vt ſæpius & inſtanter libellus dimiſſorius, ſiue apoſtoli petantur, ideo exigi, vt qui appellauit, videatur neque renunciaſſe tacite appellationi, & prorogaſſe iudicis iuriſdictionem, neque etiam negligenter litem proſequi, cùm iudex, multitudine negotiorum impeditus, poſſit eius obliuiſci, aut exiſtimare condemnatum moras duntaxat nectere, nec ideo vrgere, vt illicò audiatur appellatio.

*Ad poſtremum* reſpondetur, ideo ventris inſpectionem peragi, vt omnis fraus amoueatur: ſæpius fraudem ad partus vſque tempus committi poſſe, idcircò etiam ſæpius ventrem eſſe inſpiciendũ, ad quamcunque inſpectionem opus eſſe denunciatione, eaque vnica, propterea diuerſam eſſe rationem moræ & inſpectionis ventris. Quin etiam, ſi in propoſito, argumentum ab hac ad illam procederet, ſententiam noſtram vtique confirmaret: Nam ſicut ad vnamquamlibet ventris inſpectionem ſufficit vna denunciatio, ita quoque ad vnamquamque moram vnica interpellatio ſatis erit.

*Lit. D.*
Qu e.33

*An dies, obligationi adiecta, pro homine interpellet?*

Tacita interpellatio fit diei, qua ſolutio fieret, appoſitione; hac quippe creditor debitorem ſuum interpellare & admonere cenſetur, vt quod debet, ſoluat.

Et hoc etiam diſertè Iuſtinianus Imperator *in l. magnam. Cod. de contrahend. & committ. ſtipulat.* hiſce verbis expreſſit: *Magnam legum veterum obſcuritatem, quæ protrahendarum litium magnam occaſionem vsque adhuc præbebat, amputantes, ſancimus, vt ſi quis certo tempore facturum ſe aliquid vel daturum ſtipuletur, vel quæ ſtipulator voluerit, promiſerit & adiecerit, quod ſi ſtatuto tempore minime hæc perfecta fuerint, certam pœnam dabit, ſciat minimè ſe poſſe debitor ad euitandam pœnam adijcere, quod nullus eum admonuit, ſed etiam citra vllam admonitionem eidem pœnæ pro ſtipulationis tenore fiet obnoxius; cum ea, quæ promiſit ipſe in memoria ſua ſeruare, non ab alijs ſibi manifeſtari debeat poſcere.*

Ecce hic non ſolùm diſertè ſignificatur, quod dies, contractui adiecta, debitorem admoneat & interpellet, ſed additur inſuper, ſufficere hanc admonitionem, nec alia vlteriori opus eſſe, ad hoc, vt debitor in mora conſtituatur; idque ex ea ratione, quod ipſe ea, quæ promiſerit, in memoria tenere, non ab alijs ſibi manifeſtari, petere debeat.

2. Huic affine eſt iſtud argumentum, quod pro eadem hac opinione proferri ſolet, quod nempe qui ſemel certior factus eſt, amplius certiorari non debeat. *l. 1. ff. de act. empt. c. eum qui certus. de reg. iur. in ſext.*

Atqui debitor per diei adiectionem certior factus eſt, quando opportunum ſit creditori ſolutionem fieri, & quando velit debitum ſibi ſolui. Nihil quippe aliud diei adiectione agitur, quàm vt iam ab initio debitori prædicetur & denuncietur, vt eo die ſoluat.

3. Omnis priuatio præſupponit habitum. *l. 116. de verb. obligat. l. manumiſſiones. ff. de iuſtic. & iure.*

Vnde & mora tolli atque purgari nequit, quæ non præceſſit. *l. ſi ita quis. 135. §. Seia. 2. ff. eod. tit.*

Atqui poſt lapſum diei; etſi nulla alia interpellatio interuenerit, mora purgatur. *leg. ſi duo. decimoſext. §. finali. & leg. ſed etſi alia. Digeſt. de conſtitutione pe un.*

4. Pro-

4. Pro eiuſdem opinionis confirmatione allegari ſolet. *l. vlt. ff. de Nautic. fœn.* in qua Labeo Iuriſconſultus ita ait: *Si traiectitia pecunia pœna, vti ſolet promiſſa eſt, quamuis eo die, qui primus ſoluendæ pecuniæ fuerit, nemo vixerit, qui eam pecuniam deberet, tamen perinde committi pœna poteſt; ac ſi fuiſſet heres debitoris:* Quod ſi igitur pœna committitur ſolius diei exiſtentia, citra aliam interpellationẽ, ſequitur quod propter ſolam diem mora committatur.

5. Probat idipſum quoque admodũ dilucide *l. traiectitia. 23. ff. de oblig. & Act.* vbi African. ſic ſcribit: *Traiectitiæ pecuniæ nomine, ſi ad diem ſoluta non eſſet, pœna, vti ad ſolet, ob operas eius, qui eam pecuniã peteret, in ſtipulationem erat deducta, is, qui eam pecuniã petebat, parte exacta petere deſierat: Deinde interpoſito tempore interpellare inſtituerat, conſultus reſpondit, eius quoq; temporis, quo interpellatus non eſſet, pœnam peti poſſe: Amplius etiam ſi omnino interpellatus non eſſet.* Ecce hic ſolius diei lapſu pœna, quæ morã ſemper p̃ſupponit, deberi dicitur, etſi nulla penitus interpellatio p̃ceſſerit.

6. Corroborat ſententiã hanc vlteriꝰ *l. 4. §. fin. ff. de lege commiſſoria.* in qua conuenerat inter emptorem & venditorem vt ad diẽ non ſoluto precio, res inempta fieret & reſolueretur venditio, nec vlla erat ſubiecta ſtipulatio certæ pœnæ, & dicitur quod res ſit inempta, ſi venditor emptori precium vltrò non obtulerit, quamuis interpellatus non ſit.

7. In *l. 37. mandat.* dicitur moram debitori non debere prodeſſe, ſi per eum ſteterit, quo minus ſua die ſolueret.

8. Et hæc ſententia communi Dd. calculo probata atq; recepta eſt; ex illis videri poſſunt Ant. Faber. *6. coniect. 7.* Borcholt. *de V. O. c. 7. & 8. n. 48. & ſequent.* Menoch. *arbitr. Iud. q. 220. n. 43. & ſeqq.* Duar. *ad l. 77. de V. O.* Arum. in *tractat. de Mora c. 4. num. 26. & ſeqq.* Iohan. Gödd. *de contr. & committ. ſtipul. c. 11. nu. 77.* Iacob. Cuiac. *ad l. magnam Cod. de contrahend. & committend. ſtipulat.* Bauer. de Mora. *part. 2. n 1. & ſeqq.* Donell. *de Mora c. 2.* Oeſten. *de Mora c. 2. n. 39. & ſeqq.*

Non obſtat huic ſententiæ, quod dies in gratiam debitoris, cõuentionibus adiici ſoleat *l. 41. §. inter. ff. de verb. oblig. l. cum tempus. ff. de reg. iur. l. quod certa. 70. ff. de ſolut.* Igitur per diei exiſtentiam non poſſit debitor dici in mora conſtitui; quia alias id, quod in fauorem debitoris introductum eſt, in odium eius torqueatur, contra *l. quod fauore C. de legib. l. nulla. ff. eod. tit.*

Reſp. Ad hoc quippe argumentum bene reſpondet Gödd. diem ſolutionis pro debitore eſſe, vt medio tempore vrgeri non poſſit ad ſolutionem ſeu ſatisfactionem, ſed dilationem habeat cogẽdæ pecuniæ; vel, quod idem eſt, quod dicitur, diem in gratiam debitoris adiectũ eſſe, intelligi debere ratione medij & labentis, non etiam ratione exiſtentis temporis, quia quamprimum dies adiecta exiſtit, protinus tam ſeuere debitorẽ interpellat vt non fauorem; ſed potius odium debitori ſecum afferre videatur *l. 38. § inter. ff. de V. O.*

Hac eadem reſponſione ſatisfit & illi obiectioni, qua ita contra ſuperiorẽ infertur ſententiam. Ex vna atque eadem re contrarij effectus ſequi non poſſunt *l. legata inutiliter. ff. de adimend. legat.* At diẽ in gratiam debitoris adiectum eſſe certũ eſt; non igitur poterit eſſe in gratiam creditoris adiectus; id quod tamen conſequens foret, ſi in mora debitorem cõſtitueret. Dictũ enim eſt, ratione diuerſi tẽporis diem in gratiam creditoris & debitoris adiectũ eſſe: debitoris, ratione intermedij & labẽtis temporis: Creditoris vero, ratione temporis exiſtentis; adeoq; contrarij effectus hi dici non poſſunt.

Conſimiliter non obſtat *l. traiectitia. 23. ff. de oblig. & action.* in qua Africanus, vt Diſſentientes aiunt, tractat de traiectitia pecunia, quæ ad diem ſoluenda erat, &

 requi-

Digitized by Google

requiſit interpellationem; hæc in verba ſcribens: *De illo ſanè poteſt dubitari, ſi interpellatus ipſe moram fecerit, an quamuis pecuniam poſtea offerat, nihilominus pœna cõmittatur, & hoc rectius dicitur.* Ex quo videbatur dicendum, ad contrahendam moram non ſufficere diem, eiuſdemque exiſtentiam, ſed præterea deſiderari vt interpellatio ſeu denunciatio interueniat.

Reſp. ſed hoc, vt dixi, non valde obſtat: Nam ait quidem African. Debitorem interpellatum moram facere, ſed hoc ideo non dicit, quia ſine interpellatione debitor, qui ad diem ſoluere promiſit, in mora nõ conſtituatur, ſed idcirco, qa creditor aut ſeruus creditoris interpellare debitorem poteſt, vt ſoluat. Et quamuis dies debitorem ſine interpellatione in mora conſtituat, nec neceſſe ſit, vt creditor, etiam debitorem interpellet, poſſit tamen creditor, ſi velit, debitorẽ quoque interpellare: Non itaq; ſic recte infertur: Creditor poteſt, ſi velit, debitorẽ interpellare: Ergo neceſſe eſt vt creditor debitorem interpellet, ad hoc vt in mora conſtituatur.

Pari modo nõ aduerſatur quod & iuris & æquitatis ratio poſtulet ei, qui præſenti etiã die, debet ſpacium aliquod dari & diem concedi competenti cautela ad ſoluendam pecuniam debitam *l. ſi debitori. 21. ff. de iudic. l. quod dicimus. 105. ff. de ſolut.* Non igitur dici poſſit quod confeſtim in mora conſtituatur debitor quando dies, ad quam debet, exiſtit.

℟. Huic quippe argumento hoc modo reſponderi debet: exiſtente die ei, qui ad diem debuit, cõcedi & indulgeri quidem modicum tempus, quod natura ſolutioni ineſt, inde tamẽ non ſequi, quod ſi debitor diei exiſtentia interpellatus, diutius & in longius tempus differat, ipſum in mora abſque vlla alia interpellatione non eſſe.

Inſuper non reſiſtit quod tempus non eſt modus inducendæ obligationis *l. obligationum 44. §. 1. verſic. placet. ff. de obligat. & action.*

Igitur non poſſit moram, quæ obligationis eſt acceſſorium, introducere: quicquid enim iuris eſt in principali, hoc idẽ iuris quoque erit in acceſſorio *c. Acceſſorium de R. I. in ſext.*

Reſpondetur n. ad hoc argumentum, ſolum tempus non poſſe obligationem parere; idq; velle *d. l. 44. §. 1.* verum ſi cum tẽpore vel legis diſpoſitio, vel contrahẽtium conſenſus, aut alia concurrit efficax cauſa, tum etiam tempus obligationem producere Wenſenb. *in parat. de O. & Act. n. 9* Salic. *in l. ſicut. Cod. de præſcript. 30. vel 40. ann.* Atqui in propoſito præter legis diſpoſitionem, quæ extat in *l. magnam. C. de contrah. vel committ. ſtipulat.* Accedit etiam conſenſus contrahentium de debito, ad ſtatutum diem ſoluendo. Deinde non ſequitur, nõ poteſt dies obligationẽ parere: Ergo nec moram: Nam nec interpellatio extraiudicialis vllã parit obligationẽ & tamen moram producit. Nec neceſſariũ eſt vt principale & acceſſoriũ, quoad cauſam efficientem, ſiue conſtituentem, conueniant: Igitur nulla cogit neceſſitas eandem cauſam efficientem conſtituere moræ, quæ eſt obligationis, nec ſic concludi poteſt: tempus non parit obligationem: Igitur nec moram.

Nihil quoq; ſuperiori ſentẽtiæ noſtræ detrahit quod poſtquam dies ſolutionis venit, obligatio, cui prius adiecta erat dies, pro pura habeatur *l. cedere diem. 213. ff. de V. ſignificat.* Atqui in pura obligatione opus eſt interpellatione ad morã conſtituendam *l. 32. ff. de vſur. & mora.* Igitur hæc quoque neceſſaria erit in obligatione in diem contracta, poſtquam dies venit.

℟. Etenim committitur in hoc argumento elenchus cõparatorum & ſimul fallacia à dicto ſecundũ quid, ad dictum ſimpliciter, poſtquã enim dies venit, cõparatur obligatio in diẽ contracta obligationi puræ ſolum quoad hoc, quod in

vtraq;

vtraq; præſens ſit debitum; At non etiam quoad neceſſitatem interpellandi; quoad hanc enim diuerſiſſimam eſſe vtriuſque rationem ex hactenus dictis liquere puto.

Minus contrariatur *l. cum filiusfam. 49. §. fin. ff. de V. O.* vbi Paul. ſi promiſſor hominis, ait, ante diem, in quem promiſerat, interpellatus ſit, & ſeruus deceſſerit, non videtur per eum ſtetiſſe; innuẽs per contrarium, ſi die extante interpellatio facta fuerit, tum per debitorem ſtetiſſe videri.

Eſt quippe argumentum hoc à contrario ſenſu quod contra textum *d. l. magnam.* expreſſum & contra cætera iuris noſtri fundamenta nihil valet.

Non infringit quoq; eandem aſſertionẽ *l. 1. § licet autem. ff. de peric. & commod. rei vendit.* vbi dicit Vlpian. licere venditori effundere vinum, ſi diem ad metiendum præſtituit, nec intra diem admenſum ſit; ſic tamen vt non ſtatim effundere liceat, ſed prius teſtato denunciet emptori vt aut tollat vinum, aut ſciat futurum vt effundatur, ex quo ſequi videtur ſolius diei lapſum non ſufficere, ſed præter eum neceſſariam eſſe hominis quoque interpellationem.

Reſpondendum ſiquidem, venditorẽ vini in *d. l. 1 §. licet autẽ.* ſi iure eoq; rigido & aſpero vti velit, poſſe vtiq; ante denunciationem vinũ effundere interim tamẽ ſi benignũ ſeſe prębeat, nec iure ſuo vinũ effundendo vtatur, laudandum eſſe *l. 33. ff. de vſur.* Ita Arum. *d. loco.*

Mihi verius hoc modo reſponderi videtur, in *d. §. licet autem.* denunciationem deſiderari non ad moram cõtrahendam & inducendam, ſed ad vinum effundendum; hoc ideo, quia effuſio vini maius contineat damnum ac præiudicium quam mora.

Deniq; nihil negotij faceſſit quod dicitur in *l. 32. ff. de mora.* quod mora contrahatur ſi interpellatus debitor nõ ſoluerit. Nam duplex ad hoc eſt reſponſio 1. Non hoc velle illic Marcianum, quod ſolus ille moram faciat, qui interpellatus non ſoluerit; quandoquidem non vtitur particula taxatiua & excluſiua; & ideo vitioſe ſic concluditur, moram facit, qui interpellatus non ſoluit: Ergo qui non interpellatus non ſoluit, moram non committit: Incluſio quippe vnius non eſt excluſio alterius; nec valet hic argumentum à contrario ſenſu contra expreſſos textus. 2. Reſpondetur ad hoc argumentum, debitorem in diem obligatum, exiſtentia diei interpellatum de ſolutione eſſe, quia dies pro homine interpellat, prout hoc ex *dict. leg. magnam. C. de contrahend. & commit. ſtipulat.* vti etiam ex cæteris fundamentis noſtris, liquet.

Poſtremo non impedit opinionem noſtram quod dicitur in *l. 127. ff. de V. O.* vbi non eſt petitio, ibi nec moram contrahi: Ad hoc enim reſpondetur, primo, ꝙ per petitionem non interpellatio, ſiue denunciatio, ſed actio ſignificetur, prout ſupra à nobis pluribus oſtenſum fuit, vt iſtius *l. 127.* ſenſus hic ſit, vbi nulla eſt actio, nullum ius petendi, ibi nec moram contrahi poſſe: Deinde ſi petitio ſignificat denunciationem, ſiue interpellationem, tum reſpondetur vt ad proximum, in caſu noſtro intercedere petitionem ſiue interpellationem tacitam per diei adiectionem factam.

Sed quæſtio hic incidit ſatis difficilis & intricata, vtrumne ſicut dies, quando venit, morã inducit & debitorẽ, ſine alia interpellatione, in mora cõſtituit, ita quoque cõditio, quãdo exiſtit, in mora debitorẽ cõſtituat? Affirmandũ hoc videtur. Qu. 34. *An conditio pro homine interpellet?*

1. Per textum in *l. 59. & l. 60. ff de V. O.* vbi hæc verba leguntur: *Quotiens in diem vel ſub conditione oleum quis ſtipulatur; eius æſtimationem eo tempore ſpectare oportet, quo dies obligationis venit: Tunc n. ab eo peti poteſt, alioquin rei captio eſt: Nam eius temporis ſit*



Digitized by Google

*æſtimatio quo peti poteſt : peti autem poteſt quo primū in eum locū perueniri poterit:* His verbis innuere videntur, cū quid ſub cōditione debetur, itemq; cum dies tacite ineſt, tunc cum conditionis dies, aut ille alter venerit, ſimiliter vt in obligatione in diem, moram fieri ipſo diei lapſu; alioquin non diceretur eius temporis æſtimationem ſpectandam eſſe quo dies obligationis venit. Ad æſtimationem ſiquidem recurri non ſolet, niſi tum, quādo mora facta eſt.

2. Deinceps & illud conſiderandum venit quod dies ineſt conditioni: Iam verò ſupra dictum fuit & pluribus etiam argumentis demonſtratum, quod dies pro homine interpellet, nec ad moram alia opus ſit interpellatione. Igitur videtur idem plane de conditione deq; die, quæ tacite obligationi ineſt, dicendū. Cæterum contraria ſententia arridet Donello in *tract. de mora c. 3.* quo in loco ſic ſtatuit, etſi conditio obligationi adiecta ſit, vel dies tacitè eidem inſit, eaque conditio extiterit aut dies venerit, nō tamen in mora debitorem conſtitui, ſed vt in mora eſſe intelligatur, deſiderari adhuc expreſſam interpellationē & denunciationē, qua debitori à creditore fiat: & hæc ſententia primo probatur ex eo, ꝙ finis interpellationis in conditione & tacita die manifeſte deficiat. Ideo enim ad moram inducēdam requiritur interpellatio, vt ſciat debitor quando creditori ſit opportunum, rem debitam præſtari debitumque ſolui, & quando velit etiam creditor ſibi ſolui. Hoc autem non poteſt ex conditione & die tacita conſtare debitori; quia ab initio ſtatim incertæ ſunt nec ſciri poteſt, quando extituræ ſint & an omnino ſint aliquando extituræ, vt proinde nec exinde poſſit debitor certus eſſe quando ſit creditori commodum debitum ipſi ſolui, & vtrum etiam tunc, quādo conditio illa exiſtit, vel dies tacita venit.

2. Accedit huic rationi & iſta, quod poſtquam conditio extitit, obligatio, ſub cōditione contracta, pro pura habeatur *l. ſi pupillus. ff. de condit. inſt.* cui conſequens eſt, vt quod de puris obligationibꝰ iuris eſt, idem quoq; de obligatione iſta conditionali ſtatuatur: Atqui plus quam certum eſt, quod in pura obligatione mora non contrahatur, niſi præcedat admonitio *l. 32. ff. de vſur. & mora.*

His non obſtant quæ in contrarium ſunt allegata: Nam ad *d. l. 59. & l. ſeq. 60.* recte Donell. reſpondet: in iis rebus, quæ functionem in ſuo genere recipiunt, cuius generis eſt oleum, nihil quicquā referre vtrum oleum petam an æſtimationem, quia dum ſcitur quanti vulgo oleū veneat facile eadem æſtimatione ſit repturus; igitur in huiuſmodi ſtipulationicus perinde eſſe, ac ſi æſtimationem ſtipulati eſſemus: Quia porrò per cōditionem petitio ſit in tempus dilata, eo tempore æſtimationem eſſe ſpectādam, quia eo ſolum tempore peti poteſt, ſicut & præſens ſpectaretur eius rei, quę præſenti die peti poſſet.

*Ad ſecundum* argumētum perſpicua ēt eſt ſolutio: Nam ineſt quidem conditioni dies, ſed dies plane incerta de qua non ſolū non conſtat quando ventura ſit, ſed etiam vtrum ſit aliquando ventura: Hæc propter rationē ſupra aſſignatam nō poteſt interpellare debitorem, ſic vt ſi non ſoluat, in mora eſſe intelligatur: Nam antequam conditio extitiſſet, nihil quicquam debuit *§. ſub conditione I. de V. O.* nec ſcire potuit an omnino conditio exiſteret. Quid ergo ſi eo die rem non habuit, neque ſtatim expedire potuit, inſperato rei euentu præuentus? Quid ſi ignorauit conditionem extitiſſe & ideo ſe debere? Non ſane æquum erit ipſum moram commiſiſſe, ſi eo die non ſoluit, quo primū extitit conditio. Deinde & illud obſeruandum eſt, diem illum, qui ineſt conditioni, nō ad ſolutionem, ſed ad petitionem



Digitized by Google

nem ſpectare; ſcilicet eo die peti poſſit quod promiſſum eſt, non etiam præciſe ſolui debeat; vnde nihil imputari poteſt debitori, ſi eo die non ſoluat, quo conditio extitit.

RESOLVTIO THESIS *Octaua.*

*Lit. A.* Queſt. 36. *An & quãdo mora perpetuet obligationem?* MOræ effectus præcipuus eſt vt caſum fortuitum, quo poſt morã res vel deterior facta eſt, vel omnino periit, transferat in debitorem, qui moram cõtraxit, cum alias iis, mora non commiſſa, caſum fortuitum non ſuſtineat. *leg. 6. C. de pign. act. leg. 23. de Reg. iur.* Hoc vero ideo, ne mora, quæ delictum eſt, alij noceat *leg. 173. de Reg. iur.* nec moratori proſit *l 37. ff. mandat.* cui ſane prodeſſet, eum obligatione per rei interitum liberando, ſi caſum fortuitum non transferret in moratorem. Et quod re, caſu fortuito poſt moram perempta, vel deteriorata, damnum huiuſmodi fatale ad moratorẽ ſpectet, diſerte probant *l. 5. ff. ſi cert. pet. l. 23. 24. 82. 127. de verbor. obligat. l. 39. pr. leg. 47. l. 108. §. 11. ff. de legat. 1.* Quod tamen cum hoc moderamine accipiendum, vt ſi res eodem fato peritura fuiſſet, ſi mora non contracta, domino fuiſſet reſtituta, aut creditori ſoluta, damnum ſiue periculum fatale ad moratorem non ſpectet, ſed ad dominũ vel creditorem pertineat *l. 14. ff. depoſit.* id quod pluribus proſecutus ſum ſupra *volum. 1. diſput. 20. thiſ. 13.* quo me breuitatis cauſa refero.

*Lit. B.* Secundus effectus hic eſt vt mora perpetuet obligationem quæ alias tempore peritura fuiſſet, hoc diſerte ſcriptũ eſt *in leg. 91. §. 3. ff. de verbor. obligat.* & dubium non habet.

Queſt. 36. *Quando mora principalis noceat fideiuſſori?* Quatenus porro principalis debitoris mora fideiuſſori noceat, dictum fuit *volum. prior. diſput. 23. theſ. 5.* ſumma autem hæc eſt: Moram principalis fideiuſſori non nocere obligationem eius augendo, niſi in omnem cauſam ſeſe obligarit *leg. quæro. 54. ff. locat.* Nocere tamen fideiuſſori obligationem eius perpetuando, quæ alias, mora à principali non commiſſa, peritura fuiſſet *l. 88. ff. de verbor. obligat.*

De duobus correis debendi etiam quęritur, anne mora vnius alteri noceat? Et non nocere, textus eſt in *l. 173. §. penul. ff. de Reg. Iur.* vbi dicitur moram vnicuique ſuam non alteri nocere, quod ipſum quoque obtineat in duobus reis promittendi. Queſt. 37. *Quid de mora correi?*

2. Idem quoque aſſeritur in *l. Mora. §. vltim. ff. de vſur. & mora,* vbi Marcianus, *ſi duo*, inquit, *rei ſunt promittendi, alterius moram alteri non nocere.*

3. Hinc, ſi poſt vnius rei promittendi moram res promiſſa perierit, perpetuatur aduerſus eum obligatio; ſed eam rem alteri qui moram non fecit non nocet, quominus in eo vtatur ſuo proprio iure. Et rationẽ hoc habet longe æquiſſimam: Nam qui liberatur, in hac ſpecie, ideo id conſequitur, quia vero res periit, nec vlla cauſa eſt, cur aduerſus eum res adhuc exſtare exiſtimetur: Contraria de cauſa neceſſe eſt non liberari alterum, quia, etſi vere res periit, tamen culpa eius, quæ impunita eſſe non debet, facit vt videatur res adhuc extare *leg. Nemo. 82. §. 1. leg. 91. §. 3. ff. de verbor. obligation.* Et eſt æquiſſimum, ne aut illius factum alteri noceat, aut cuiquam proſit fruſtratio ſua, vtrumque aduerſus certas regulas iuris & naturæ æqualitatem *leg. factum cuique d. l. 173. §. pen. de Reg. iur. l. 37. ff. manda.*

Obiicitur huic primo *leg. penultim. ff. de duob. reis.* vbi Pomponius: *Ex duobus reis eiuſdem Stichi promittendi factu, alterius factum alteri quoque nocet.*

Non equidem placet, quod hic Accurſius annotat, textum hunc intelligendum eſſe de duobus reis, qui ſimul ſint ſocij. Nam præterquam quod textus d. l.



Digitized by Google

*pen.* generalis eſt, nec in ſpecie de duobus correis ſociis loquitur, certum etiam eſt, quod etſi ſocij forent iſti duo correi, nō tamen mora, vnius alteri obeſſe deberet, quoniam nemo ideo obligatur quia recepturus eſt ab alio quod ipſe præſtiterit Chriſtoph. Sturtzius ad *d. l.* 173. §. *pen. n.* 8.

Philippus Matthæi igitur ad *d. l.* 173. §. *penult.* illorum ſententiam comprobat, qui iſtam *leg. penult.* accipiunt de eiuſmodi facto, per quod obligatio diſſoluitur: Hoc enim, ſi ab vno ex duobus reis promittendi interuenerit, alteri quoque & nocet & prodeſt: prodeſt quidem, ſi vnus fortaſſis ſolidum ſoluerit, vel vni facta ſit acceptilatio: Nam vtriusque obligatio in ſolidum perimitur, ſic, vt nec alter eo nomine conueniri amplius poſſit. *leg.* 2. *ff. de duob. reis leg.* 31. §. 1. *ff. de Nouat.* Nocet vero, ſi forte vnus ſtipulatori iuſiurandum detulit *leg. in duob.* 28. *ff. de iureiur. l.* 35. §. 1. *eod.* Franc. ſc. Hotom. in *ead. l.* 173. reſpondet *dict. leg. penult.* loqui non de mora, ſed de facto, verum rationem diuerſitatis nullam aſſignat.

Iacobus Cuiacius ad *eand. l.* reſpōdet, eam loqui de facto non de mora & rationem diuerſitatis hāc adducit, quod mora fiat in perſona & ideo perſonā moratoris non exeat; factum vero in rē fiat, & ideo ſit commune & ad vtrūq; pertineat.

Iulius Pacius eodē inclinare videtur, dicendo, leges adductas de ſpeciebus diuerſis tractare: ſed addit tamen & aliam conciliationem, hanc videlicet, quod in *dict. leg. penult.* agatur de obligatione retinendi & doceatur facto vnius correi retineri actionem etiam contra alterum correum: At in *d. l. mora* 32. §. *vlt. & in d. l.* 173. §. *penult. de reg. iur.* agi de obligatione vſurarum, quæ odioſæ ſunt, non augenda: Facilius autem retineri obligationem principalem, quam vſuris augeri.

Hugo Donellus in *tractat. de duob. reis c.* 9. etiam diſtinguit inter moram & factum, vt factum quidem vnius rei, quo effecit vt res promiſſa vel extare, vel integra eſſe deſineret, puta, cum animal promiſſum occidit, aut debilitauit, noceat correo, ne liberetur, quāuis ille nihil in eo neque dolo, neque culpa aut per diſſimulationem fecerit: Mora vero non noceat correo.

Rationem huius differentiæ & diuerſitatis in eo conſtituit, quod ſi correus propter moram ſui correi interitu rei debitæ fatali non liberaretur, ſed adhuc teneretur, noceret vtiq; mora aliena huic correo, quod foret iniquū: ſi enim mora à correo non fuiſſet commiſſa, liberatus vtique iam eſſet rei interitu.

At ſi factum liberaret correum, ſequeretur, quod factum iſtud non ſolum nō noceret correo, ſed nec prodeſſet: At factum vnius alteri prodeſſe non debet. Et quanquam factum vnius ex reis promittēdi dicatur nocere alteri in *d. l. pen.* recte tamen ad hoc Donellus ait, in hac re idē factū dici modo ſimpliciter non prodeſſe, modo etiā aperte nocere, diuerſis rationibus: Si liberationē tātum ſpectamus vt certe de hac ſola nunc quęrimus, occidentis factum alteri non prodeſt, quia ex facto alter non liberatur: Sin regulam iuris, quæ ex interitu rei debitę liberationē retribuit, dicitur factū alteri, qui nō occidit, nocere, quia factū hoc quodāmodo obſtat ne alter reus ea regula vtatur; quāuis hoc poſterius abuſiue dicatur: Reuera n. & proprie factum occidētis non obſtat, quominus alter liberetur, cū potius factum ſpectet ad alterum, re perempta, liberandum, ſed in cauſa eſt ius, quod nō patitur in interitu rei fraudem vnius ex reis alteri prodeſſe.

Præterea effectus moræ eſt quod fructuum & vſurarum præſtationē inducūt *l.* 32. §. 2. *ff. de vſur. & mora. l.* 38. *eod.* vt & obligationem ad intereſſe *leg.* 8. *ff. de eo quod cert. loco.* *Lit. C.*

Ratione creditoris hūc effectū habet, quod ſi creditor debitū, oportuno loco & tem-

Digitized by Google

& tempore ſibi oblatũ, accipere recuſet, tũc ipſe rei periculum, fatali caſu contingens, ſuſtineat, quod alias, mora non admiſſa, non ſuſtineret: Sic enim rei per ſtipulationem promiſſæ, periculum ad creditorẽ non pertinet, promiſſore in mora conſtituto, verum ſi poſtea promiſſor oportuno loco & tẽpore rem offerat creditori, ſiue ſtipulatori, & is nullã habeat iuſtam recuſãdi cauſam, periculum, ſiue damnum fatale ad creditorem pertinet.

Lit. E. Cæterum hanc moram rurſus creditor ita purgat, ſi rurſus rem à debitore petat, nec habeat debitor iuſtam cauſam cur protenus non ſoluat. *l. 7. ff. de vſur. & mora. leg. 72. ff. de ſolutionib. l. 17. de peric. & commod. rei vendit.*

## RESOLVTIO THESIS *Nona.*

QVibus modis mora contrahatur, tã ex re, quã ex perſona, ex hactenꝰ dictis liquere arbitror: Quomodo autem mora purgetur & emẽdetur, nunc dicẽdũ eſt. Et ꝙ mora contracta purgetur, emẽdetur atq; tollatur rurſus, probant innumeri prope textꝰ, inprimis vero *l. interdũ. §. fin. l. 91 §. ſequitur. ff. de verb. obligat.* Effectus purgationis & emendationis moræ hic eſt, vt mora tollatur, & extinguatur *d. §. ſequitur.* atq; perinde habeatur ac ſi priꝰ mora contracta non fuiſſet. Quod tamẽ proculdubio ſic accipiẽdũ eſt vt in futurum mora purgetur nõ in præteritũ, h. e. vt purgatione iſta & emẽdatione hoc efficiatur vt in poſterum nõ operetur, nec debitorem grauet obligationem perpetuando, periculũ rei debitæ in ipſum deriuãdo, fructib. vſuris aliiſq; acceſſionib. obligationem augendo; Non etiã vt id ꝙ prius mora eſt operata, tollatur: Hoc quippe ęquitas non patitur, nec finit ius ex mora debitoris creditori quæſitũ, facto debitoris, h. e. purgatione moræ illi auferri *l. id quod noſtrum. ff. de reg iur.*

Ratio autẽ duplex, ob quam purgatio & emendatio moræ admiſſa eſt, dari poteſt; quarũ prima hęc eſt, quod creditori, rem debitam oportuno loco & tempore oblatã recuſanti, factũ hoc, nõ debitori nocere debeat *l. factum ff. de reg. iur.* Atqui ſi oblatione debiti nõ purgaretur & tolleretur mora, ſed duraret atq; re debita caſu fortuito perempta, aut deteriorata, damnum ad debitorẽ ſpectare deberet, noceret vtiq, debitori factum creditoris, rem debitam, oportuno loco & tempore ipſi oblatã, acceptare recuſantis. Deinde & hęc redditur ratio, quod etſi prius morã contraxerit debitor in ſoluendo debito; tamen & creditor ſine cauſa repudiãs debitum, moram faciat *l. qui decem. ff. de ſolut.* atq; ita par erit in mora vtriuſq; & debitoris & creditoris cauſa; cui rurſus cõſequẽs eſt vt in hac cauſa potior eſſe debeat cõditio poſſeſſoris & debitoris, quã petitoris & creditoris *l. in pari. l. fauorabiliores. ff. de Reg. iur.* quæ ratio redditur in *d. l. 91. §. 3. ff. de verbor. obligat.*

Cæterũ ait noſter Autor, moram purgari re adhuc integra, quando videlicet res nondum periit nec deterior eſt facta: Etenim ſi poſt moram perempta res ſit, offerri amplius nequit, nec oblatione eius mora purgari valet, ſed etſi deteriorata fuerit, nihil tamẽ agit debitor rem talem offerendo creditori, nec moram iſta oblatione purgat: Id quod haud diſſimulauit Vlpianus in *l. 3. §. 1 ff. commodat.* ita ſcribens; *ſi reddita quidem ſit res commodata, ſed deterior reddita, non videtur reddita, quæ deterior facta eſt, niſi quod intereſt præſtetur: proprie enim dicitur res non reddita, quæ deterior redditur.* Cum itaque res, poſt moram corrupta & deterior facta, reddi & offerri non intelligatur, ſequitur nec obligatione eius moram purgari dici poſſe. Addit quidem Autor noſter hanc limitationem, niſi res ſimiliter peritura fuiſſet apud creditorem; verum quorſum hæc limitatio ſpectet, plane non video, quoniam hoc caſu interitus non ſiſtit moram per ſe ac principaliter

*fideiuſſor. ff. de doli except.* vbi dicitur quod fideiuſſor, euictionis nomine condemnatus, poſſit offerre prædium atque ita euitare iudicati actionem.

5. Denique in *leg. 3. §. fin. & l. ſeq. iudicat. ſolu.* ait ICtus, lite cum vno ex fideiuſſoribus conteſtata, reum poſſe ſuſcipere defenſionem, & hoc, cum reus fecit, fideiuſſorem, quo cum actum eſt, abſoluendum eſſe: vnde ſequi videtur, etiam poſt litem conteſtatam moræ purgationem admitti.

Cæterum hæc ſententia diſplicet Donello in *d. l. 84. n. 11. de verbor. obl.* vt & Arũ. *in tractat. de Mora cap. vlt. n. 9.*

1. Quia ſolius rei petitæ oblatione non ſatis fit actori, quia iudicio accepto, quod fit per litis conteſtationem multo plura, deberi incipiũt: venit quippe in iudicium omnis cauſa, id eſt, & fructus, & partus, & alia commoda rei adiuncta *l. 2. ff. de vſur. leg. cum fundus. ff. ſi cert. pet. l. præterea. ff. de rei venducat.* veniunt & ſumptus litis *l. eum quem temere. ff. de iudic.*

Hæc niſi omnia offerantur petitori, & ita offerantur vt illi ſatisfiat, non offertur quod illi eo iudicio præſtandum eſt, ideoque creditor rem duntaxat petitam oblatam iuſte accipere recuſat.

2. Accedit huic rationi & iſta, quod qui ſecum litem conteſtari patitur, iudicio contrahit *leg. 3. § idem ſcribit. ff. de pecul.* & nouam conſtituit obligationem *leg. Alia. ff. de Nouat.* à qua ipſi, inuito creditore, recedere minime fas erit *arg. leg. ſicut. C. de obligat. & Act.*

3. Confirmant inſuper hanc ſuam opinionem etiam textibus, & pro ea facere præcipue putant *leg. ſed etſi alia. 17. ff. de conſtit. pecun.* quæ vult offerri duntaxat poſſe vſque ad tempus iudicij, hoc eſt vſque ad tempus litis conteſtatæ, vt in *leg. 17. §. vltim. ff. de damn. infect.* ante iudicium id eſt, ante litem conteſtatam. Et quanquam Diſſentientes hunc textum interpretentur de obligatione dandi, generalis tamen eſt, vti verba oſtendunt, nec per exemplum ſubiectum reſtringitur.

4. Eodem pertinet etiam *l. 1. ff. de penu legata* vbi dicitur, ſi penus non in ſingulos annos ſit legata, ſed ſemel duntaxat, obligationem fieri poſſe vſque ad litem conteſtatam: loquitur autem iſthæc lex, vt manifeſtum eſt, de obligatione dandi, non faciendi.

5. In *leg. 19. pr. ff. quand. dies legat. ced.* legatum erat huiuſmodi relictum, vxori meæ penum heres dato, ſi non dederit, centum dato, & dicitur vnum legatum eſſe centum & ſtatim peti poſſe: penoris autem cauſam eo tantum pertinere, vt, ante litem conteſtatam tradita penu, heres liberetur: Ecce & hic mora ad litis conteſtationem vſque purgari poteſt oblatione penoris.

Et hanc ſententiam veriorem & iuris rationis magis conuenientem eſſe. Non aduerſatur ei *d §. fin. ff. de perpet. & tempor. act.* Nam, vt ex eo ſupra demonſtratum fuit, non vult quod oblatione rei debitæ, poſt litem conteſtatam facta, purgetur mora & liberetur debitor; ſed hæc eſt Iuſtiniani ſententia, quod ſi ſatisfiat à reo actori, liberatio ſequatur: At ſatisfactionem iſtam non tantum rei debitæ præſtationem, ſed alia multo plura continere.

*Ad ſecundum* reſpondeo, æquiſſimum eſſe, liberari reum, ſi det aut dare paratus ſit quod petitur; peti autem ab ipſo intellig non ſolum rem principalem, ſed & omnes acceſſiones, & litis ſumptus: Quod ſi hæc omnia, quæ petit, quæque perſequitur actor, à res ipſi offerantur, ipſe exiſtimarim tali oblatione ac ſatisfactione morã purgari reũq; liberari.

*Ad tertium* quoq; facilis reſponſio eſt: nil enim quicquam aliud in *d. l. interdum. §. vltim.* dicitur, quam quod mora purgari poſſit oblatione debiti: Quandiu autem purgari queat, ibi non exprimitur;

impertinenter proinde ad propoſitum allegatur.

*Ad quartam* reſpondeo, in adducta *l. fideiuſſor. ff. de doli except.* offerri non ſolum prædium quod euictum eſt, verum etiá fideiuſſorẽ paratum fuiſſe omnia præſtare, quæ iure empti cõtinẽtur, h.e. fideiuſſorem paratũ fuiſſe prȩſtare omne, quod emptoris intereſt, & ob id merito euitare fideiuſſorem iudicati actionem.

*Ad Quintum ex l. 3. §. vlt. & l. 4. ff. iudicat. ſolui*, reſpõdetur, ibi ICtum non dicere q; fideiuſſor, cum quo actum eſt, poſt litem conteſtatam poſſit defenſioni ſe offerre atq; ita moram purgare & emendare, ſed de reo ſiue principali debitore loqui textum, cum quo actum non fuerat. Nec ad rem quicquam pertinere, quod lis cum fideiuſſore eius fuerit conteſtata; hoc n. inter alios actũ erat, q; ad ipſum nõ pertinet, *tot. tit. Cod. res inter alios act.* Et quãquam fideiuſſor liberetur obligatione iudicati per iſtam defenſionem, & quidem poſt litem conteſtatam; Non tamen hoc fit quia moram purget, aut ipſe, qui nihil offert, aut reus pro eo, cum reus ſuo nomine defenſionẽ ſuſcipiat, non alieno; ſed ideo hoc fit, quia acceſſionis natura hoc poſtulat, vt, ab obligatione eius quod intereſt reo liberato, vna etiam liberentur acceſſiones, vt fideiuſſores. *leg. in omnibus ſpeciebus. ff. de ſolut.* Donellus ad *dict. leg. 84. numer. 13. &* Borcholdt. in *tractat. de verbor. obligat. c. 7. & 8. num. 193.*

Quęſt. 40. *In obligationibus quæ pœnam ſine die continẽt quãdiu moram purgare liceat?*

Sequitur vt videamus ſi ſub pœna aliquid dari aut fieri promiſſum ſit, anne locus ſit purgationi moræ? Verbi gratia; ſtipulatus ſum à te, vt Stichum ſeruum, quem tibi dedi manumitteres & ſtipulationi ſubiecta eſt pœna, vt quinquaginta mihi dares, ſi non manumiſeris: Tu Stichum ſeruum non manumittis, ſed moram facis in manumittendo. Ego pœnam ſtipulationi adiectam, hoc eſt, quinquaginta à te petere volo, quæritur vtrum tu Sticho ſeruo libertatem prȩſtare, atq; ita à pœna liberari poſſis?

Reſpondet ad hoc ICtus in *leg. 122. §. Flauius Hermes. ff. de verb. obligat.* poſſe promiſſorem ſeruo libertatem præſtare atque ita pœnã effugere, ſed hoc ante litis conteſtationem: Lite vero cõteſtata oblationem & præſtationem rei promiſſæ nihil proficere ad morȩ emendationem & liberationẽ à pœna, diſerte docet ICtus in *l. quid tamen. 21. §. final. ff. de Recept. qui arbitr. recep.* Quocirca promiſſor, qui ſub pœna pure dare vel facere promiſit, poterit ante acceptũ iudicium, ſiue ante litẽ conteſtatam purgare moram atque ita pœna liberari: poſt acceptum iudicium, ſiue litem cõteſtatam, vbi ſtipulator iam cœpit agere de pœna, tarda nimis ac ſera eſt oblatio.

Non aduerſatur huic ſententiæ *l. Hoc edicto. ff. de publican.* vbi Gaius docet quod publicanus ea, quæ vi ademit, non ſolũ ante iudicium acceptum, verum etiam poſt acceptum iudicium reſtituere atq; ita dupli pœnam euitare poſſit.

Obſeruandum quippe eſt quod edictum prȩtoris permittit publicano reſtitutionem rei vi ademptæ, ſiue igitur ante iudicium, ſiue poſt iudicium acceptũ publican⁹ quod vi ademit reſtituat, à pœna dupli liberatur Borcholdt. *d. loco.* Addit Donellus in *d. l. hoc edicto.* pœnam quidem poſt litem cõteſtatam durare quantũuis oblatio rei vi ademptæ ſit facta, verũ ita vt nihilominus arbitrio iudicis facta oblatione, pœnã euitare liceat: & quanquã hæc verba *arbitrio iudicis* edicto non ſint inſerta, nihilominus tamen ſunt ſubintelligenda; idq; ex vſu & more prætorũ in actionibus proponendis vſitato: Nam cum actionem ita prætor proponit vt addat conditionem, ſi res reſtituta non erit arbitrariam faciunt, atq; ita proponũt vt velint non aliter reum condemnari, quam ſi nunquam ante ſententiam reſtituerint.

Sed

*Quæſt. 41. Quid dicendum ſi obligatio habeat diem & nõ pœnam?*

Sed quid dicendum, ſi dies obligationi & non etiam pœna adiecta fuerit, quãdiu purgatio moræ locum habebit? Et quidem ante acceptum iudicium purgationem moræ admitti, dubiũ plane nullũ eſt; ſed vtrum etiam poſt litem cum debitore conteſtatam emendatio moræ admittatur, dubitari poteſt? Verius tamen eſt quod ad litẽ vſq; conteſtatam purgatio moræ admittatur, poſtea vero non item; perinde vt de puris obligationibus dandi vel faciendi ſupra dictum fuit. Ratio autem huius ſententiæ eſt iſta, quod ſi dies venit perinde habetur, ac ſi pure ab initio cõtracta fuiſſet obligatio: Atqui de obligationibus puris ſine die & conditione contractus ſupra dictum fuit quod in illis mora purgari poſſit ante litem conteſtatam, poſtea vero non item.

2. Et hanc ſententiam confirmat egregie *l. 17. ff. de conſtit. pecun.* vbi Paulus: *ſed etſi*, inquit, *alia die offerat nec actor accipere voluit, nec vlla iuſta cauſa fuit non accipiendi, æquum eſt ſuccurri reo aut exceptione aut iuſta interpretatione, vt factum actoris vſq; ad iudicij tempus ipſi noceat, vt illa verba neque feciſſe, hoc ſignificent, vt neque in diem, in quem conſtituerit, fecerit neque poſtea.* Ecce hic ICtus ante litem conteſtatam, poſtquam dies venit, purgationem moræ cõcedit, ſi nihil interſit creditoris die ſtatuto ſolutionem factam fuiſſe: ſed hoc ad litis duntaxat conteſtationem, poſtea vero non item. Obiicitur tamen huic textus in *l. 135. §. 2. ff. de verbor. obligat.* vbi, poſt diem obligationi adiectum ſoluere paratus, dicitur audiendus eſſe.

Sed hoc reuera ſententiæ noſtræ non aduerſatur: Non enim proponitur illic oblationem factam fuiſſe poſt iudicium acceptum, ſed oblationem fuiſſe factam poſt diem obligationi & ſolutioni adiectam; Etſi igitur nos poſt litis cõteſtationem moræ purgationem non amplius admittamus: Admittendam tamen cenſemus ante litem conteſtatam poſt exiſtentem diem, ſi nihil interſit creditoris die ſtatuto ſolutionem factam fuiſſe. Sẽtentia proinde *d. leg. 135. §. 2.* hæc eſt: Non poſſe purgari moram, ſi creditoris interſit moram non fuiſſe commiſſam: Verum ſi ſtatim poſt moram cõmiſſam offerat debitor, ſic vt creditoris nihil interſit moram eſſe commiſſam, æquitas, quæ in mora & purgatione moræ ſpectatur *L. 91. §. ſequitur. ff. de verbor. obligat.* ſuadet vt purgatio, modico tempore interpoſito, admittatur; Id quod ICtus in fine *dict. §. 2.* clare indicat, quando ait, id omne ad iudicis cognitionem eſſe remittendum: Cum enim hoc in facto conſiſtat, an interſit & an mora ſit facta, recte meritoque eius rei cognitio ad iudicem reiicitur *leg. trigeſima ſecunda, ff. de vſur.* Et hoc ipſum quoque velle textum in *dict. leg. 17. ff. de conſtit pecun.* plus quam manifeſtum eſt.

*Quæſt. 42. Si obligatio & diem & pœnam contineat, quãdiu moram purgare liceat?*

Supereſt vt dicamus quandiu & quovſq; permittatur purgatio moræ quãdo obligationi & dies & pœna ſunt adiectæ?

Et quidẽ veriſſima ſententia eſt quod hoc caſu, quo pœna promiſſa eſt, ſi ad certum diem aliquid factum aut præſtitũ nõ fuerit, moræ purgatio plane non admittatur, neq; poſt litem conteſtatam, neq; antea, Donellus & Giphan. ad *l. 84. ff. de verb. obl.* Borcholt. in *tract. de verbor. oblig. c. 7. & 8. n. 189.* Duaren. in *d. l. 84.* Antonius Faber. *in rationalibus ad dict. l. 8. ff. ſi quis caut.*

1. Confirmatur autem hæc ſententia primo per *l. Traiectitia. 23. ff. de obl. & action.* vbi traditur, eum, qui in diem ſub pœna dare promiſit, à pœna non liberari, quãuis poſtea pecuniam offerat; Id quod etiam ICtus Africanus duob. exemplis declarat; quorũ prius exemplũ pertinet ad pœnam compromiſſi veluti ſi arbiter ex cõpromiſſo pecuniã certo die dare iuſſit, neque per eum, qui dare iuſſus eſt, ſtetit, non committitur pœna: ex quo ſequitur quod pœna committatur quãdo



Digitized by Google

ſteterit per eum, qui dare iuſſus eſt. Poſterius exemplum pertinet ad pœnam commiſſi: ſi enim fundus ea lege venditus eſt, vt niſi ad diem precium ſolutum eſſet, fundꝰ inemptus fieret, die præterito & precio non ſoluto fundus inemptus fit, hoc eſt, irrita fit venditio; vnde ſi poſtea emptor offerat precium, non cõualeſcit venditio; adeoque moræ purgatio non permittitur.

Accedit huic ſententiæ etiam textus in *leg. 23. pr. ff. de Recept.* vbi ita Vlpianus ſcribit: *Celſus ait, ſi arbiter intra Kalendas Septembres dari iuſſerit nec datum erit, licet poſtea offeratur, attamen ſemel commiſſum pœnam compromiſſi non euaneſcere, quoniam ſemper verum eſt intra Kalendas datum non eſſe.*

3. Quin & ratio huius ſententię longe eſt manifeſtiſſima & æquiſſima: Hæc videlicet, quod cum, id, ratione cuius pœna promiſſa fuit, factum non fuerit, pœna committatur, eaque commiſſi, confeſtim ſtipulatori ad eam petendam actio quæratur, ideo illa facto debitoris, hoc eſt, purgatione moræ oblationeque eius quod ad diem ſub pœna promiſſum eſt, ipſi adimi & auferri nequeat. *l. quod noſtrum 11. ff. de Reg. Iur.*

4. Addit Antonius Faber & hanc rationem, quod cum ad diem præſtitutum factum non eſt, quod ſi pœna promiſſum eſt, pœna cõmiſſa, etiamſi poſtea offeratur, quod promiſſum eſt, ſemper tamen verum maneat, intra tempus conſtitutum factum non eſſe, quod fieri debuit.

Veruntamen huic ſententiæ, alias lõge veriſſimæ, grauiter aduerſari videtur *l. 8 ff. ſi quis cautionibus*, vbi Gaius inquit; *Etſi poſt tres aut quinque pluresve dies, quam iudicio ſiſti ſe reus promiſit, ſecum agenti poteſtatem fecerit, nec actoris ius ex mora deterius factum ſit, conſequẽs eſt dici, defendi eum debere per exceptionem.* Vult itaq; Gaius, quod is, qui promiſit ſe certa die iudicio ſiſti ſub pœna, nec tamen ad diem ſtatutum ſecum agendi poteſtatem facit, ſed demum poſt tres aut quinque pluresve dies, quam iudicio ſiſti ſe promiſerat, poſsit ſe defendere per exceptionem, atque ita ſiſtendo ſe poſt tres aut quinque vel plures dies à pœna liberari.

Sed ad hunc textum reſpondent Antonius Faber, Donellus & Giphanius, ibi pœnam non tam in odium promiſſoris, vel in vtilitatem ſtipulatoris, quam propter neceſsitatem iudicij, vt ſolet ſtipulatio iudicio ſiſti *leg. 1. ff. de prætor. ſtipulat.* adiectam fuiſſe: ſiquidem qui ſtipulatur aliquem iudicio ſiſti non eo animo hoc facit, vt factum illud expleatur certa die, ſed vt ipſi ſtipulatori fiat poteſtas ea die agendi iudicioque experiundi. Quocirca ſi eo die ſe non ſiſtat reus, mora quidem aliqua fit, ſed non ſtatim ius ſtipulatoris deterius redditur, vt qui poſſit tertio vt quarto die agere. Quare æquitas ſuggerere videtur ei promiſſori per exceptionem ſuccurri, quamuis ſtricto iure ad diem præſcriptam ſe non ſiſtens, moram reuera committat.

Franciſcus Duarenus ad *dict. l. 84.* Reſpondet, *d. l. 8.* & diſputationem illic inſtitutam pertinere ad prætorias, non ad conuentionales ſtipulationes ſtipulationum autem prætoriarum, qualis etiam eſt ſtipulatio iudicio ſiſti, benigniorem eſſe interpretationem quam ſtipulationum conuentionalium *leg. 52. ff. de Verbor. obligat.* itaque mirum non eſſe, ſi nec certa dies, nec pœna moræ purgationem impediat in *d. l. 8.*

Verum Iacobus Cuiacius reiicit hanc conciliationem, quia & ſtipulationes prætoriæ ſemel commiſſæ, non magis reſolui poſſunt quam conuentionales veluti ſtipulatio duplæ *leg. habere ff. de euict.* & iudicatum ſolui *l. 3. §. vlt. ff. iudicat. ſolui.*

Sed

Sed & Donellus ſuperiorem Duareni diſtinctionem parum appoſitam eſſe iudicat; quandoquidem in *dict. leg. 8.* non agatur de ſtipulatione iudicio ſiſti, ſed de ſtipulatione pœnæ, quam conuentionalem eſſe cõſtat & tum committi quando conditio eius extiterit; id quod fit quando reus ſua die non ſtiterit. Quin. etſi, ait Donellus, fatemur hanc ipſam ſtipulationem pœnæ eſſe prætoriam, attamen cum dies ſiſtendi adiectus eſſet, negari non poſſet, quin, eo die præterito, ſtipulatio ex cõuentione eſſet commiſſa, vt in ea re & conuentione tam aperta non ſit interpretationi locus. Præſertim cum in hoc genere ſtipulationum non minus, quam in cæteris conſilium detur, vt nobis caueamus certæ pœnæ ſtipulatione aduerſus incertitudinem eius quod intereſt *l. vlt. ff. de prætor. ſtipulat.* Id, quod ſi facimus, non minus ex ea ſtipulatione nobis conſultum eſſe debet; alioquin fruſtra nobis cauerimus.

Iacobus Cuiacius ad *d. l. 84.* & eum ſecutus Iohann. Borcholt *in tractat. de verb. obligat. cap. 7. & 8.* Reſpondent in *dict. leg. 8.* nullam fuiſſe pœnam adiectam, quia nec vlla pœnæ ibi mentio fiat. Proinde non agi illic de præſtatione pœnæ, ſed de præſtatione eius quod intereſt purgari proinde moram poſſe, etiam poſt diem venientem, ſic vt à præſtatione intereſſe liberetur promiſſor, qui ad diem conſtitutum ſe iudicio non ſtitit: Non etiam vt liberetur à præſtatione pœnæ *d. l. 23. de O. & Act. & l. 23. pr. ff. de Recept.* Rationem autẽ differentiæ in eo conſtituunt, quod pœnæ nomen, quo contrahentes vſi ſunt, acerbum ſit & ſeuerum & ideo ſtipulatio quoque pœnalis acerba ſit & ſeuera & ſui natura ſtatim committatur ipſo iure ex ſolo die tardæ ſolutionis: Mitius verò nomen ſit eius quod intereſt, & vt verbis mitius eſt, ita mitius quoque ſit effectu ipſo, & ideo quando id quod intereſt actione petitur, qui non fecit quod ad diem præſcriptum facere debeat, etiam poſt diem ante litem conteſtatam adhuc facere & ita ab eo quod intereſt liberari poſſit, prout ſupra pluribus demonſtratum fuit.

Cæterum hęc quoque reſponſio non placet Donello: Etſi enim *d. l. 8.* de pœna promiſſa nihil ſit expreſſum, quod tamẽ pœnæ ſtipulatio interpoſita fuerit, non difficulter ex eo colligitur, quod dicitur, reum per exceptionem defendi, item ex eo, quod proponitur etiam actoris ius ex mora non eſſe factum deterius: Hæc, inquit Donellus, ſatis ſignificant, pœnam in ea ſpecie fuiſſe promiſſam, ſi reus ſua die ſe non ſiſteret. Quod enim dicitur, reum defendi per exceptionem, declarat aliquam eſſe actionem aduerſus eum ob eam cauſam quod iudicio non ſtiterit: Cum non ſit exceptio niſi aduerſus actionem iure ciuili comparatam *pr. I. de except.* Non potuit autem ex ſtipulatione faciendi aduerſus eum eſſe actio, niſi aut in id quod intereſt, aut ad pœnam, de qua cautum ſit, quæ vt plurimum his ſtipulationibus adiici ſolet *§. fin. I. de V. obligat.* Atqui actionem in id quod ſtipulatoris intereſt, non fuiſſe, ſatis oſtendit Gaius, cum proponit actoris ius non eſſe factũ deterius ob id, quod reus ſua die non ſtitiſſet, nihil ſiquidem amiſit is, cui ius agendi æque eſt integrum vt ante, quod ſi autem nihil amiſit, nihil eius intereſt, cũ id ꝙ intereſt definiatur id, quod mihi abeſt quodque lucrari potui *l. ſi commiſſa ff. rem rat. hab.* Vnde intelligi neceſſe eſt quoniam hic aliqua fuit actio aduerſus reum, qui iudicio non ſtitit, eam ad pœnam commiſſam competiiſſe.

Quocirca, reiectis hoc modo hiſce Duareni & Cuiacii reſponſionibus, retinendam puto ſuperiorem Donelli, Giphanij & Antonij Fabri interpretationẽ. Ex hactenus dictis liquere arbitror quãdiu mora purgetur: Dicẽdum reſtat quomodo mora purgetur? Et primo moram



Digitized by Google

purgari oblatione eius quod debetur, opportuno loco & tempore facta dubitandum non eſt; hoc ſiquidem diſerte expreſſum eſt in *L.91.§.ſequitur & l.interdum. §.vlt.ff.de V.O.l.2.ff.de in ius vocand.* Cuius rationem ſuperius indicauimus. Et oblationem ad purgationem moræ eſſe neceſſariam hac ratione probatur ex eo, quod creditor non eſt in mora ſi non accipit, non autem accipere poteſt, ſi non offertur *l.ſi mora.ff.ſolut.matrim.* At quomodo oblatio ſit facienda vt ſufficiens ſit & idonea ad purgationem moræ porro quæritur? & Diſtinguit hoc modo Ferrettus: vt ſi res mobilis ſit, coram offerri debeat, neq; ſufficiat pecuniam in folle offerre, ſed neceſſe ſit numerare. In immobilib. vero ſatis ſit ſi quis profiteatur ſe paratum ſoluere & hanc diſtinctionem ait Ferrettus eſſe æquiſſimam & communi conſenſu receptam.

Sed vtrum ſola ſufficiat oblatio an vero inſuper requiratur obſignatio & depoſitio pecuniæ oblatæ, ſi eã nolit acceptare creditor? Et hoc quidem affirmare videtur noſter Author per textus in *L.1.§. fin.ff.de vſur.& mora. l.28.§.fin.ff.de Adminiſtrat.tutor.l.fin.C.de vſur.pup.*

Verum loquuntur illi textus de vſuris duntaxat ex mora debitis ſiſtendis; at hoc vt ratione vſurarum, quæ iam deberi & currere ex mora cœperunt, mora purgata dicatur curſusq, vſurarum ſiſtatur præter oblationem deſiderari exiſtimo obſignationẽ & depoſitionẽ, put hoc pluribus infra perſequar in theſ.vlt.hui9 diſput.

Secundo purgatur mora Nouatione *l.ſi Stichum.8.ff.de Nouat. & delegat.* Ratio autẽ huius obſcura non eſt: Nam cũ veterẽ obligationem in nouã creditor per nouationem tranſtulerit, & ex noua vlla mora ſit, ex qua ſola iã res debetur; priore illa ſublata neceſſum eſt morã exinde profectã extingui Donell.*tr.de Mora c.8.*

Atq; hoc obtinere certũ eſt, ſiue nouatio effectum habuerit, ſiue non: Nam etſi effectum non habuerit, quia tamen creditor ſubeſſe putauit, eaq; voluntate & intentione fuit vt vetus tolleretur obligatio & noua duntaxat valeret vimq; & vigorẽ haberet, voluntate eius mora ſinita & extincta videtur *l.ſcire.§.vlt.de V.O.*

Cæterum hoc duntaxat de nouatione conuentionali, non etiam de legali, quæ ſit per litis conteſtationem verum eſt: ſiquidem, lite conteſtata, vſuræ, quæ prius currebant ex mora, non deſinunt currere *l.lite conteſtata. ff. de vſur. & dixi ſupra ad theſ.3. lit. C.*

Denique purgatur mora acceptilatione creditoris & volũtaria remiſſione debiti; id quod dubium non habet; ſiquidẽ & hiſce modis tollitur obligatio ipſa, & conſequenter mora, quæ prius exinde nata erat; ſublata autem principali, etiam acceſſorium, quod ex illo dependet, tolli neceſſum eſt.

## RESOLVTIO THESIS Vltimæ.

DE mora cum ſatis prolixe Author noſter egiſſet, incidenter tamẽ, nec alio reſpectu; quam quatenus ex mora vſuræ debentur, reuertitur ad vſuras de quibus principaliter tractare inſtituerat, ac quibus modis vſuræ deberi deſinant exponit. *Lit.A.*

Et primo ait, vſurarũ debitum tolli extincta obligatione principali; id quod veriſſimũ eſt, ac probatur diſerte per textũ in *l.26.Cod. de vſur.* Cuius hæc ſunt verba: *Eos qui principali actione per exceptionem triginta vel quadraginta annorũ ſiue perſonali, ſiue hypothecaria ceciderũt, iubemus non poſſe ſuper vſuris vel fructib. præteriti tẽporis aliquam mouere quæſtionem, dicendo ex iiſdem temporib. eas velle ſibi perſolui, quæ non ad triginta vel quadraginta præteritos annos referuntur, aſſerendo ſingulis annis earũ actiones naſci. Principali enim actione non ſubſiſtente, ſatis ſuperuacuum eſt ſuper vſuris vel fructib.*

adhuc

Digitized by Google

*adhuc iudicem cognoſcere.* Hic non modo ſancitur expreſſe, quod, ſublata per præſcriptionem temporis longiſſimi obligatione & actione principali de ſorte, tollatur etiam obligatio & petitio vſurarum, verum etiam additur huius rei ratio admodum perſpicua, hęc videlicet, quod ſublata principali obligatione ſortis, vſuræ deberi non poſſint, quippe vſurarum obligatio eſt acceſſio ſortis, principali autem cauſa non ſubſiſtente, nec acceſſiones ſubſiſtere queant *l. cum principalis. ff. de R.I. l. 2. ff. de pecul. l. in omnibus. ff. de ſolut.*

Nec obſtat huic *l. 1. ff. de iudic. l. centum Capuæ. ff. eo quod cert. loco.* vbi traditur, quoties debitor ſortis, ſtipulatione promiſit ſortem & vſuras, duas eſſe ſtipulationes diſtinctas, quamuis iudicio agere cœperit de ſorte, tamen manere ſtipulationem vſurarum integram, neq; iudicio cœpto eam tolli: Atqui litis conteſtatione nouatio fit ita vt principalis obligatio de ſorte quodammodo tollatur. Igitur, principali obligatione ſublata, non continuo vſurarum ſtipulatio tollitur.

Reſp. Conſiderandũ quippe eſt; principalem obligationem non proprie tolli per litis conteſtationem: Quandoquidẽ litis conteſtatio habet quidẽ nouationẽ *l. aliam. ff. de Nouat. l. vlt. C. de vſur. rei iudicat.* Sed hæc nouatio nouationis effectũ non habet, niſi hactenus, vt proſit creditori *l. non ſolet l. vero de reg. iur. d. l. aliam. ff. de Nouat.* Similiter non obſtat *l. penult. C. de luit. pign.* vbi dicitur, intelligere debes pignora durare, principali actione ſubmota: Ex quo contra noſtram ſententiam ſic inferendum videtur: Pignoribus manentib. licet per retentionem pignoris retinere vſuras, & maxime eas, quæ prius ſtipulatione promiſſę ſunt *l. per retentionem. C. de vſur.* At debitore, præſcriptione temporis liberato, & ita perſonali actione ſubmota, nihilominus hypothecariæ durant *d. l. 2. C. de luit. pign.* Ergo etiam nunc per retentionem eorum pignorum vſuræ poſſunt ſeruari vt non deſinant deberi.

Sed, vt dixi, hoc non obſtat: Verum quippe eſt quod vſurę ſeruari poſſint per retentionẽ pignorum, ſed de illis vſuris hoc verũ eſt, quæ adhuc debentur, indebitæ enim ſeruari non poſſunt *l. pignoribus. C. de vſur.* Hic autem indebitas eſſe vſuras, diſerte conſtitutum eſt; proinde, etſi, principali obligatione ſublata, pignora maneant, non tamen per ea vſuræ, quæ & ipſæ ſublatæ ſunt, retineri poterunt. Deinde reſpondet Donell. lectionem iſtam vulgarem *d. l. 2. Cod. de luit. pign.* eſſe mendoſam & ita legendum: *Intelligere debes, pignora non durare, perſonali actione ſubmota*; Hoc verò ex hiſce fundamentis: Quia principali obligatione ſublata acceſſiones tolluntur: Deinde de pignoribus hoc nominatim & expreſſe traditur in *l. in omnib. ff. de ſolut.* præterea eodem facit *l. cum principalis. de R.I.*

Nihil vero attinet quomodo principalis & ſortis tollatur obligatio, an ſolutione, an cõpenſatione, an verò oblatione *l. 41 §. 1. ff. de vſur. l. 11. & ſeq. Dig. de compenſat.* Ratio quippe, quæ in *l. 26. C. de vſur.* adducitur, eſt generalis & ad quoſcunque modos, quib. obligatio tollitur, pertinet: Principali quippe obligatione ſublata, tollitur neceſſario acceſſoriũ *d. l. in omnib. ff. de ſolut.* Acceſſorium vero eſſe vſuram, dubium non eſt. Lit. B

Cæterũ anne vſurarũ curſus ſiſtatur ſola & nuda ſortis oblatione, an vero p̃ter oblationẽ debitæ pecuniæ eiuſdem quoq; obſignatio & depoſitio reqratur, nimirũ in modũ variant Interpp: Nam quod ſola oblatio ſufficiat, quamuis obſignatio & depoſitio ſecuta non fuerit, multi non poſtremæ eruditionis ICti contendunt. Qu. 43. *An nuda oblatio ſortis ſiſtat curſum vſurarum?*

1. Nam primo mouentur *l. ſi per te Codic. de vſur.* in qua ita Imperator: *Si per te non ſtat, quo minus intra tempora præfinita pecuniam minorum ſolueres vſuras*



Digitized by Google

*vſurarum, ſed per tutores filiorum creditoris, qui eam accipere noluerunt, idque apud iudicem datum probaueris, eius temporis quo per te non ſtetiſſe apparuerit, vſuræ maiores non exigentur.*

2. Idem confirmare videtur *l. 11. C. de vſur. Ex prædiis, pignori oblatis, creditor poſt oblatam ſibi iure pecuniam, quam non ſuſcepit, ſi fructus acceperit exonerari ſortis debitum certum eſt.* Ecce in hiſce Impp. reſcriptis, ad ſiſtendum vſurarum curſum, ſola ſufficit oblatio, ſic, vt ſi per debitorem non ſteterit, quo minus pecunia ſoluatur, ſed illam obtulerit, ab vſuris liberetur.

3. In *l. 6. de vſur.* dicit Anton. *vſuras ex eo tempore, quo obtuliſti, præſtare non cogeris,* ſola itaque oblatio ſortis facit, vt à tempore oblationis factę, vſurę amplius non debeantur.

Verum mihi illorum placet ſententia, qui ſtatuunt ad hoc vt liberatio à debito conſequatur, ſolam oblationem nō ſufficere, ſed opus eſſe prætereà conſignatione & depoſitione in publicum locum ſolenniter facta.

Quę ſententia ſequentibus hiſce fundamentis ac rationibus iuris confirmatur.

1. In *l. 6. Cod. de vſur.* Impp. ita ſcribunt: *Si creditrici, quæ ex cauſa pignoris obligatam ſibi rem tenuit pecuniam debitam cum vſuris, teſtibus præſentibus, obtuliſti, eaque non accipiente obſignatam eam depoſuiſti, vſuras ex tempore, quo obtuliſti, præſtare nō cogeris.* Hic vt vſuræ non amplius currant, requiritur expreſſe obligatio & depoſitio pecuniæ debitæ.

2. In *l. 9. C. eod. tit.* Imper. Anton. *Si per te,* ait, *non ſtat, quominus intra tempora præfinita pecuniam minorum ſolueres vſurarum, ſed per tutores filiorum creditoris, qui eam accipere noluerunt, idque apud iudicem datum probaueris, eius temporis, quo per te non ſtetiſſe apparuerit, vſuræ maiores non exigentur. Quod ſi etiam ſortem depoſuiſti, exinde, ex quo id factum apparuerit, in vſuras non conueniris.* Hic quoque, vt in vſuras debitor conueniri non poſſit, requiritur vt pecunia debita, ſiue ſors depoſita ſit.

3. Pro eadem ſententia clarior adhuc textus in *l. acceptam. 19. Cod. eod. tit. de vſur.* Nam ibi Philippus Imperator in hæc verba reſcribit: *Acceptam mutuo ſortem cum vſuris licitis, creditoribus poſt conteſtationem offeras, ac ſi non ſuſcipiant, conſignatam in publico depone, vt curſus legitimarum vſurarum inhibeatur: At in hoc caſu publicum intelligi oportet vel ſacratiſſimas ædes, &c.*

In hac lege, vt & in præcedentibus, certa forma præſcripta eſt oblationi, quæ ſiſtat vſurarum curſum: at quotiens certa forma præſcripta eſt, totiens, deficiente ea, nequit effectus ſuos ſortiri actus, ſed ipſo iure nullus eſt *l. cum hi. §. ſi prætor. ff. de tranſact. l. certa forma. C. de iure fiſci. l. 2. C. de vſur.* Quare hac forma oblationis exacte non obſeruata, ipſa quoque oblatio nulla erit, nec vllos ſortietur effectus.

Nec ad rem pertinet, quod hic Gœdd. reſpondet, formam iſtam oblationis, conſignationem, inquam, & depoſitionem non requiri ad hoc, vt à præſtatione vſurarum debitor liberetur, curſusq; vſurarum ſiſtatur, ſed deſiderari ſolum ad totalem ac plenam ab ipſa ſorte liberationem.

Nam contrarium euidentiſſime ex legibus hactenus adductis, relucet, in quibus ad hoc, vt vſuræ amplius nō præſtentur, requiritur oblatio, obſignatio & depoſito ſortis.

4. Id quod etiam dilucidiſſime teſtatur *l. 28. §. 1. Digeſt. de adm. tut.* in qua Marcellus: *Tutor,* inquit, *qui poſt pubertatem pupilli negociorum eius adminiſtratione abſtinuit, vſuras præſtare non debet, ex quo obtulit pecuniam. Quin etiam iuſtius mihi videtur, eum, per quem non ſtetit, quo minus con-*

Digitized by Google

*conuentus reſtitueret tutelam, ad præſtationem vſurarum non compelli. Vlpianus notat, non ſufficit obtuliſſe, niſi & depoſuit obſignatam tuto in loco.*

In hac lege ICtus, cum in præcedentibus dixiſſet, à præſtatione vſurarum liberari debitorem, ſi pecuniam obtulerit, ſtatim ſubijcit ex Vlpiani ſententia, non ſufficere debitorem obtuliſſe pecuniam, niſi & obſignatam depoſuerit: proinde & ad vſuras ſiſtendas, præter oblationem neceſſario obſignatio & depoſitio ſortis deſideratur.

5. Subſcribit his & Papinianus in *l.1. §.fin. ff. de vſur.* vbi *circa tutelæ reſtitutionem, pro fauore pupillorum, latior interpretatio facta eſt: nemo enim ambigit hodie, ſiue iudex accipiatur in diem ſententiæ, ſiue ſine iudice tutela reſtituatur in eum diem, quo reſtituit vſuras præſtari. Plane ſi tutelæ iudicio nolentem experiri tutor vltro conuenerit & pecuniam obtulerit, eamq; obſignatam depoſuerit, ex eo tempore non præſtabit vſuras.*

6. Idemque porro in *l.7. eod. tit.* aperte confirmat: *Debitor*, inquiens, *vſurarius creditori pecuniam obtulit & eam, cum accipere noluiſſet obſignauit ac depoſuit: ex eo die ratio non habebitur vſurarum.*

7. Nec ab his diſſentit Modeſtinus, qui & ipſe haud obſcure docet, integra ſorte oblata, obſignata & depoſita, vſuras amplius non deberi, in *l.41 §.1. ff. eo de vſuris.*

8. Denique ſolám oblationem debitori hactenus non proficere, vt vſuras amplius præſtare non cogatur, etiam hinc patet, quod ſola & nuda oblatione moram nondum ſufficienter purgarit debitor, vſuræ vero ex mora, ſiue propter moram à debitore commiſſam, debeantur *l.17. l.32. ff de vſur.*

Obſeruandum tamen eſt, quod, etſi oblatio ſortis, mora iam tum commiſſá, à præſtatione vſurarum non liberét, ſi tamen mora nondum commiſſa eſt, ad hoc proficiat, ne mora committatur, & exinde vſuræ debeantur.

His ita ſeſe habentibus, nihil remorantur ſententiam noſtram, quæ in contrarium ſupra adducta fuerunt.

Quod enim ad *l. ſi per.9. C. de vſur.* vbi dicitur, non teneri debitorem amplius in vſuras, ſi per ipſum non ſteterit, quo minus ſors ſoluatur: at non ſtet per eum, qui pecuniam offerat.

Reſpon. Nam adhuc per ipſum ſtare intelligitur, ſi non oblatam conſignat & deponit: ita enim Imperator Antoninus in ſequentibus eiusdem legis ſeipſum interpretatur, dum ſubijcit: *Quod ſi etiam ſortem depoſuiſti, exinde, ex quo id factum apparuerit, in vſuras non conuenieris.*

*Ad ſecundum* reſpondent Cuiacius & Borcholdt, adductam *l.11.* non de vſuris, ſed de antichreſi loqui, hanc oblatione ſola finiri, vſuras vero non ſiſti, niſi ſecuta fuerit & obſignatio & depoſitio pecuniæ.

Sed reijcit hanc reſponſionem Gœddæus, propterea quod nullibi ius ſtatuat, aliud oportere ſeruari circa antichreſin, aliud circa vſurarum ſtipulationem. Tum etiam quod antichreſis nihil aliud ſit, quam pignus cum vſurarum pacto, vt fructus vſurarum vice cedant *l.11. §.1. ff. de pignorib.* Tum denique quod maiori odio flagret antichreſis, quam vſurarum ſtipulatio; & ideo nulla ſit ratio, cur id, quod in antichreſi receptum eſt, ad vſuras extendi non debeat, mihi ita commodiſſime reſponderi videtur: in adducta *l.11.* requiri vt pecunia ſit iure oblata: iure autem riteque oblata dicitur pecunia, ſi & obſignata fuerit & depoſita, per textus adductos; & maxime huc facit *l.28. §.1. de admin. tut.* vbi diſerte dicitur, *non ſufficere pecuniam eſſe oblatam, ſed eam obſignari quoque & deponi oportere.*

*Ad tertium* reſpondeo, illa verba, *ex*



Digitized by Google

*quo obtuliſti*, ſecundum præcedentia ſic intelligenda eſſe, ex quo obtuliſti, conſignaſti & depoſuiſti: nam vt vſuræ amplius non debeantur, expreſſe Antoninus requirit, vt ſors ſit, præſentibus teſtibus oblata, & ſi à creditore non fuerit accepta, ſed etiam conſignata & depoſita.

Ex his itaque patet, vſurarum obligationem non extingui ſola oblatione, niſi & conſignatio & depoſitio pecuniæ acceſſerint: quamuis in collatione publicarum penſitationum aliter ſeſe res habeat *l.* 1. *Cod. de ſuſcept.*

FINIS DISPVTATIONIS TERTIÆ.

# VOLVMINIS POSTERIORIS DISPVTATIONIS QVARTÆ,

## *De*

## PROBATIONIBVS, ET PRÆSVMPTIONIBVS Deque iuris & facti ignorantia,

### *QVÆSTIO I.*


I. *An præſumptio proprie ſit probatio?* 412
II. *An negatiua debeat probari?* ibid.
III. *An factum duntaxat, an vero & ius probari debeat?* 413
IV. *An probatio ſit rei duntaxat dubiæ?* 415
V. *An argumenti appellatione veniant etiam teſtes & inſtrumenta?* 416
VI. *An notorij allegatio proprie ſit probatio?* 417
VII. *An præſumptiones proprie ſint probationes?* ibid.
VIII. *An iuſiurandum ſit probationis ſpecies?* 418
IX. *An Confeſſio ſit probatio?* 419
X. *An probatio bene diuidatur in plenam & ſemiplenam?* ibid.
XI. *An priuata ſcriptura pro ſcribente faciat?* 424
XII. *An Rationes & libri Mercatorum probent pro ſcribente & allegante?* 425
XIII. *An conſuetudine introduci poßit vt plene probent libri mercatorum?* 426
XIV. *An fama ſemiplene probet?* 427
XV. *An fuga ſemiplene probet?* 428
XVI. *Quodnam indicium ſit ſufficiens ad torturam?* 430
XVII. *Quinam probare debeat?* 431
XVIII. *Anne ex poſſeßione præſumatur dominium?* 432


XIX. An

XIX. *An etiam ex iniuſta poſſeſſione præſumatur dominium?* 435

XX. *Quare in l. 1. §. 3. ff. de magiſtrat. conuen. & in l. 11. ff. de probat. onus probandi imponatur magiſtratui?* 438

XXI. *Quando exceptiones dilatoriæ opponendæ ac probandæ ſint?* 440

XXII. *Quando obijciendæ ac probandæ ſint exceptiones peremptoriæ?* 442

XXIII. *An iudex concedere poſſit dilationem parte non petente?* 444

XXIV. *An iure Saxon. probatio intra ſex ſeptimanas & tres dies perfici debeat?* 445

XXV. *An in criminibus aliquis ex indicijs & argumentis condemnari debeat?* 446

XXVI. *An Sagarum in aquam immerſio faciat indicium ad torturam?* 447

XXVII. *An effluxio ſanguinis è cadauere interfecti faciat indicium ad torturam?* 451

XXVIII. *An actor vel accuſator deficiens in probatione, pro calumniatore haberi debeat?* 456

XXIX. *Quid differat præſumptio à probatione?* 458

XXX. *Vnde ſumatur præſumptio?* 459

XXXI. *Quænam ſint ſpecies præſumptionis?* ibid.

XXXII. *Quænam ſit vis præſumptionis iuris & de iure?* 460

XXXIII. *An confeſſione hac elidatur præſumptio?* 461

XXXIV. *Quænam vis ſit præſumptionis hominis & iuris?* ibid.

XXXV. *An homo præſumatur ad centum annos viuere?* 462

XXXVI. *An præſumatur de præſenti in præteritum & de præterito in præſens?* 463

XXXVII. *An ignorantia iuris poſitiui lata culpa debeat accenſeri?* 466

XXXVIII. *An Ignorantia iuris obſit in damnis vitandis?* 468



Digitized by Google

# VOLVMINIS POSTERIORIS DISPVTATIONIS QVARTÆ,

## De

## PROBATIONIBVS, ET PRÆSVMPTIONIBVS: Deque iuris & facti ignorantia,

### THESIS I.

*Litera A.*

PRobationem definit Treutlerus noſter, *intentionis dubiæ per argumenta oſtenſio* probare, etſi alias ambiguam habeat, extra vſum iuris ſignificationem, hoc tamen loco nihil aliud eſt quam fidem alicui facere de aliqua re. *l 12. ff. de probat.* & probare dicitur quaſi probum facere: actor quippe, vel reus, intentionem ſuam demonſtrans, iudici eam probam facit.

Quæſt. 1. *An præſumptio proprie ſit probatio?*

Sed numquid præſumptio probationis proprie dictæ ſit ſpecies, non caret ſcrupulo? Mihi tamen illorum probatur ſententia, qui ſtatuunt quod præſumptio proprie non ſit probatio.

1. Quia præſumptiones & probationes *in tit.* qui inſcribitur *de præſumptionibus & probationibus*, aperte ab inuicem diſcernuntur & tanquam ſeparata diſtinguuntur.

2. Quia præſumptio dicitur eum, cui onus probandi incumbit, releuare ab onere probandi: *l. cum deinde. 25. verſic. ſiue vero. ff. de probat.* Quod autem aliquem releuat ab onere probandi, id probatio dici nequit.

Quæſt. 2. *An negatiua debeat probari?*

Dicitur probatio eſſe INTENTIONIS oſtenſio; Intentio porro duplex eſt, vna Negatiua, altera vero Affirmatiua: Affirmatiuam probandam eſſe, indubitatum eſt; De Negatiua autem dubitari poteſt; Et quod plane probari nec poſſit, nec debeat hiſce argumentis euinci videtur:

1. Textus hac de re expreſſus eſt in *l. 23. C. de probat.* vbi dicitur: *Actor, quod adſeuerat, probare ſe non poſſe profitendo, reum neceſſitate monſtrandi contrarium non adſtringit: Cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla ſit.*

2. Eodemq; pertinet textus in *l. 10. C. de non num. pecun.* vbi Dioclet. & Maxim. hoc modo reſcribunt: *Adſeueratio debitũ ſolutum contendentis temporis diuturnitate non excluditur. Nec huic obloquitur, quod exceptio non numeratæ pecuniæ certa die non delata querela prius euaneſcat: Cum inter eum qui factũ adſeuerans, onus ſubijt probationis, & negantem numerationem (cuius naturali ratione probatio nulla eſt) & ob hoc ad petitorem eius rei neceſſitatem transferentem magna ſit differentia.*

3. Adſtipulatur hiſce Imperatorib. etiã ICtus Paulus *in l. 2. ff. de probat.* ei, inquiens, *incumbit probatio qui dicit, nõ qui negat.*

4. Idem

Digitized by Google

4. Idem & Pontifex comprobat *in cap. 11. extr. de probat.* vbi verbis diſertis ſcribit: *negantu factum per rerum naturam nullam eſſe probationem.*

5. Idem plane repetitur *in cap. 33. verſic. porro exceſſus. extra, de elect. & electi poteſt.*

6. Accedit his & iſthac ratio, quod ideo non poſſit probari negatiua, quia quotcunque etiam teſtes producantur, qui dicant, ſe non vidiſſe, non tamen ſequitur id factum non eſſe: Cum fieri poſſit vt omnes, producti qui ſunt, non viderint; alius tamen viderit: Aut etiam nemo id viderit, & tamen factum ſit.

7. Denique nemo eſt ex alieno facto grauandus. *l. non debet alteri. ff. de reg. iur.* Atqui probatio negatiuæ reo imponeretur ex facto actoris, actionem inſtituentis & litem ei mouentis.

Sed tamen contra, quod negatiua quoque probari poſſit & debeat, hiſce fundamentis confirmari videtur.

1. Per textum *in l. optimũ. C. de contrahend. & committend. ſtipulat.* vbi dicitur, *ſi quis factum negat, per rerum naturam probare poteſt, quod negat.*

2. Idem quoque confirmari poteſt, *l. ab ea parte. ff. de probat.* vbi dicitur: *Eum qui negat emancipationem rite factam, id probare oportere*

3. In *l. 19. ff. de probat. §. 1.* ait Paulus Iuriſc. *Cum quis promiſiſſet iudicio ſe ſiſti & Reipubl. cauſa abfuiſſe dicat, & ob id non ſtetiſſe vel dolo malo aduerſarij factum quominus ſiſteretur, vel valetudinẽ ſibi impedimento fuiſſe vel tempeſtatem, probare eum id oportet.* Ergo qui dicit ſe non ſtetiſſe iudicio, id probare debet.

4. Adduci inſuper ſolet *l. cum prine. §. Ergo. ff. de legat. 2. & l. ſeruum. ff. de manum. teſtam.* vbi dicitur, *legatum eſſe iis quos heres iudicauerit promeruiſſe, aut qui promeruerint: Si heres neget eos promeruiſſe, placet eum id probare debere.*

5 In *l. vlt. C. ad l. Cornel. de falſis.* de crimine falſi dicitur iudicem ſoli accuſatori non indicere neceſſitatem probandi. Ex quo colligendum videtur, neceſſitatem indicere reo neganti.

6. In *l. fallaciter. vlt. C. de abolit.* Iudex non minus accuſatorem ad probandum quod dicit, quam reum ad purgandum, quod negat vrgere debet.

Ex hiſce igitur iuris fundamentis aliisq; legibus conſimilibus dicendum & aſſerendum videtur, quod aſſertio negatiua, æque atq; affirmatiua, probari poſſit.

Cæterum hanc contrarietatem legum variis modis conciliare nituntur iuris Interpp. Nam primo diſtinguunt vulgò inter negatiuam iuris & facti; ita vt negatiua iuris, qua ſcilicet negatur quid iure, rite & legitime eſſe factum probari poſſit: Negatiua autem facti, qua quid factum eſſe negatur non poſſit probari: Et huius diſtinctionis fundamentum conſiſtit in eo, quod factum ſit infinitum ius, vero ſit finitum ac certis legum & conſtitutionum cancellis circumſcriptum. Hinc facile ex legibus emancipationis, adoptionis, teſtamenti ordinationis & cõſimilium actuum formam præſcribentibus, diiudicari poteſt, anne emancipatio, adoptio, teſtamenti ordinatio rite recteq; celebratæ fuerint, an vero minus.

Secundo Hugo Donellus ad *l. 23. C. de probat.* hoc modo adductos textus conciliat, vt negatiuæ probatio directa impoſſibilis ſit; indirecta vero probatio negatiuæ dicitur ea, qua prius aliquid ponitur atque affirmatur, quæ probato contrarium deinceps colligatur & probetur: Verbi cauſa, ſi negem me hoc in loco tecum contraxiſſe certa aliqua die, illud hoc modo probare poſſum, ſi videlicet prius dicatur & ponatur me eadem de fuiſſe Romæ; Hoc quippe probato, in conſequentiam & iſtud probatum in-



Digitized by Google

telligitur me deſignata die hoc in loco tecum non contraxiſſe.

Pari modo ſi negem te filium eſſe Sempronij legitimum, probare id poſſum, ſi prius ponam & dicam te natum eſſe ex concubina Sempronij, illudque probem: nam hoc probato conſequens eſt te non eſſe legitimum Sempronij filium.

Et hæc diſtinctio inter probationem directam & indirectam confirmant diſerte textus iuris Canonici ſupra allegati: Nam *in d c 11. extr. de probat. c.33. extr. de Elect.& Elect pot.* non abſolute nec ſimpliciter dicitur negãtis nullam eſſe probationem, ſed additur *directam*; qua additione vtique ſignificatur, negantis aliquam eſſe probationem, indirectam videlicet.

Et hoc ipſum eſt, quod Donellus dicit, negantis, quatenus negantis, non eſſe probationem: At negantis, quatenus aliquid etiam ponit & affirmat, eſſe probationem. Franciſcus Hotomannus *in d. l. 23.* diſtinguit inter negationem, quæ implicitam habet affirmationem & inter negationem, quę abſolute talis eſt, nec vllam negationẽ habet implicitam: vt prior probari poſſit; poſterior vero non item.

Vt hæc propoſitio, *Tu emancipatus non es*, idem valet, *quod filiusfam. es.* Item hæc propoſitio, *non conuiciandi animo iniurioſum aliquid pronunciaui*, idem valet quod, *inconſulto calore pronunciaui. l. 5. C. de iniur.*

Petrus Gilckenius *in ead. l. 23.* diſtinguit inter negationem, abſolutam & negationem circumſtantiis temporis & loci circumſcriptam, definitam ac determinatam, vt illa probari nequeat: Hæc vero probari poſſit; Veluti ſi quis abſolute neget homicidium à ſe admiſſum eſſe probare iſtam negationem nequit. Si verò neget homicidium à ſe Gieſſæ certo die ac hora eſſe perpetratum, probare id poteſt, ſi nẽpe probet ſe eo tempore Francofurti fuiſſe, quando homicidium fuit commiſſum.

Verum hæ poſteriores duo Hotomanni, inquã, & Gilckenij cõciliationes coincidunt cum prima diſtinctione Donelli: Cum enim probatur negatiua, quæ in affirmatiuã poteſt reſolui, quæq; affirmationem habet implicitam, reuera atque directò probatur affirmatiua: negatiua verò per indirectum duntaxat: Et quando dicitur probari negatiua per circumſtantias loci ac temporis circumſcripta, reuera & directo probatur affirmatiua, in conſequentiam vero & per indirectum negatiua, vti clare ex adductis exemplis relucet.

Atque ita per diſtinctionem ſuperiorem reſponderi poteſt in genere ad leges, quibus probari videtur, quod negatio quoq; probari queat.

Nunc etiam ſingulos textus conſideremus. Et quidem ad primum *ex l. optimum. C. de contrahend. & commit. ſtipul.* petitum, reſpondet Donellus, eam lege loqui de facto circumſtantiis loci & temporis circumſcripto.

Sic etiam *in l. ab ea parte. ff. de probat.* negatio hæc, *emancipatio non eſt rite facta*, probatur quidem, ſed per indirectum duntaxat, quando demonſtratur emancipationem vitioſam eſſe atq; defectu aliquo ac vitio laborare.

In *l. 19. §. 1. ff. de probat.* nihil ſane eſt, quod probet negationem directo probari poſſe; ſed agitur illic de probatione affirmatiuæ, vti ex textu plus quam manifeſtum eſt.

In *l. cum princ. § Ergo. de legat. 2.* itidem affirmatiua, non negatiua probatur: Dicitur enim, ſi ſerui à teſtatore ſint manumiſſi, qui id promeriti fuerint, heredem probare debere eos promeritos non eſſe: Hoc vero probat ita, vt demonſtret, aliquid perpetraſſe ac deſignaſſe ſeruos, quo ſeſe indignos reddiderint.

Ad

Digitized by Google

Ad *l.vltim. Cod.ad l.Cornel. de falſis.* reſpondetur, ex eo, quod in crimine falſi cauetur, iudicem ſoli accuſatori non indicere neceſſitatem probandi, non recte colligi neceſſitatem probandi indicendam eſſe reo neganti.

Neutri ſiquidem neceſſitas imponitur vt eo reſcripto cauetur. Placet enim illic iudicem ſe gerere debere inter accuſatorem falſi & reum, vt medium quendam, qui vtramque partem interroget. Quod eo ſpectat, vt iudex diſſimulando quid quærat, facilius inueſtiget veritatem, ſed non eo pertinet, vt ſi forte actor non probarit, iudex debeat reum condemnare, niſi ipſe probauerit.

Ad *l. vltim. Cod. de abolit.* reſpondetur, aliud eſſe vrgere reum ad purgandum quod negat, aliud vrgere ad probandum quod negat: Probare quippe eſt idoneis modis oſtendere quod dicitur. Purgare eſt excuſare & reddere rationes, cur aut quo animo illud aut illud feceris. *l. 5. princip. ff. de public. iudic.*

Quocirca, his ita remotis, concludendum eſt, quod negatio directo non probetur, ſed ſaltem per indirectum.

Et hoc porro procedit non ſolum in ciuilibus, ſed etiam in criminalibus cauſis. Id quod perſpicue probat *l. vltim. C. de probat.* quæ demonſtrat, quod accuſatori, vtpote affirmanti, delictum eſſe commiſſum, probatio incumbat: *Sciant,* inquiunt, *cuncti accuſatores eam ſe rem deferre in publicam notionem debere, quæ munita ſit idoneis teſtibus vel inſtructa apertiſſimis documentis vel indiciis ad probandum indubitatis & luce clarioribus expedita.*

Clarius adhuc idem comprobat *l.4. C.de edend.* vbi Antoninus Imp. hoc modo ſcribit: *Qui accuſare volunt, probationes habere debent, cum neque iuris, neque æquitatis ratio permittat, vt alienorum inſtrumentorum inſpiciendorum poteſtas fieri debeat. Actore enim non probante, qui conuenitur, etſi nihil præſtat, obtinebit.* Vterq; textus, quod obſeruandum, loquitur non de actione ciuili, ſed de accuſatione, quæ eſt duntaxat criminum, & quidem proprie criminum publicorum.

Et ſane ratio, ob quam actori in cauſis ciuilibus onus probādi incumbit, æque obtinet in accuſatore publicorum criminum: Ratio videlicet iſta, quod negantis, quatenus negantis impoſſibilis ſit probatio. *d.l.10.C.de nō num.pecun.* Quo etiam cæteræ huius regulæ rationes, ſuperius indicatæ, pertinent.

Sed numquid factum duntaxat, an vero ius etiam probari debeat, quæſtionis eſt? Negat equidē Matth. Weſenb. *in parat. de probat. num.7.* quam etiam ſententiam haut obſcure probat *l.16. Cod. de probat. in verb. ipſis incumbit facti probandi neceſſitas*, quibus verbis innuitur quod factum probandum ſit, non vero ius. Quæſt. 5. *An duntaxat factum, an vero & ius probari debeat?*

2. Accedit, quod probatio deſideretur propter iudicem, vt nempe ipſi cauſa reddatur proba eidemq; de eo, quod allegatur, fides fiat, vt ex definitione probationis, ab Authore noſtro hic tradita, relucet. Atqui iudici iura debent patere, eorumque exactam cognitionem eum habere oportet. Quocirca fruſtra ipſi probarentur iura deque illis fides ei per probationes fieret. Hinc proinde concluditur, iura non debere probari, ſed duntaxat allegari. Sed rurſus quod & iura, ſi in dubium vocentur, probari debeant, euincit textus *in l.5. ff. de probat.* vbi hoc modo Paulus ſcribit: *Ab ea parte quæ dicit aduerſarium ſuum ab aliquo iure prohibitum eſſe ſpecialiter lege vel conſtitutione, id probare oportere: Idem reſpondit ſi quis negat emancipatione rite eſſe factam, probationem ipſum præſtare debere.*

Deinde plus quam notum eſt, quod conſuetudinem ſiue ſtatutum locale allegantiincumbat probatio conſuetudinis &



Digitized by Google

nis & ſtatuti, vt prolixe docet Weſenbec. *in paratitl. de legib. & conſuetudine. nu. 9. verſic. ad inducendam.* Conſuetudinem vero eſſe ius, non dubitatur *l. 32. & 36. ff. de legib. §. conſtat. Inſt. de iure Natur. Gent. & ciuil.*

Et ſane vix dubitare licet quin quæſtiones iuris controuerſæ, ſi quando incidant, probari debeant, non minus atque quæſtiones facti. vt ſi quæſtio ſit & diſputatio, anne reus, ſiue accuſatus criminis alicuius capitalis, relaxari debeat cuſtodia? vel ſi diſputetur in iudicio, vtrumne ſponſa de præſenti, ſi adulterium committat, æque priuari debeat dote eamque dotem lucro mariti cedere oporteat, atque ſi ab vxore adulterium fuerit commiſſum? Vel ſi alia eiusmodi controuerſa & dubia iuris quæſtio mota fuerit de qua iudici, etiam peritiſſimo, æque conſtare non poſſit quidnam ſtatuendum ſit, huiusmodi certe dubium & anceps ius probandum erit.

Cæterum prior ſententia ad veritatem propius adhuc accedere videtur: Non remorantibus iis, quæ in contrarium adducta fuere.

*Ad primum* quippe argumentum ex *d. l. 5.* petitum, reſpondeo cum Donello quæſtionem ibi non iuris tractari, ſed facti; quia qui dicit alicui aliquid non licere iure, & qui dicit aliquid iure tactum non eſſe, is dicit ideo hæc non licere, quia iure prohibeantur: At aliquem iure prohiberi facti eſt: Etenim qui hoc dicit, nihil aliud dicit, quam ius eſſe factum, quo id prohibeatur, & qui id negat, negat factum: atqui ius verum ius factum ſit, an vero non, quæſtio facti eſt non iuris.

*Ad ſecundum* reſpondeo, vtrum conſuetudo vel ſtatutum eiusmodi, quale allegatur, factum ſit? eſſe quæſtionem facti non iuris. Vnde etiam conſuetudo & ſtatutum ratione introductionis facti eſſe dicuntur, vide quæ hac de re tradita ſunt, *volum. prior. diſputat. 1. theſ. 9. q. 50.*

*Ad poſtremum* reſponſio ex iam dictis patet: huiusmodi enim quæſtiones, quæ ex iure moueri ſolent ac diſceptari, non eſſe iuris, ſed facti iam demonſtratum eſt.

Additur in definitione ſuperiori *Dubia*: Hoc, ideo, quia quæ certa ſunt & notoria, iudicique comperta, probatione non indigent *c. Fraternitatis extra, de frigid. c. euidentia. ext. de accuſat. c. de manifeſta. & cap. manifeſta. & cap. qua Lotharius. cauſ. 2. quæſt. 1. l. 38. ff. de ſeruitut.* Etenim in his, quæ iudici certa ſunt & explorata, probationis finis euidenter deficit. *Litera C. Quæſt. 4. An probatio ſit rei duntaxat dubiæ?*

At, inquit Baldus, rei etiam certæ probatio eſſe poteſt, *l. ciues. C. de appellat.* vbi dicitur, *ciues & incolas manifeſtas etiam excuſationem habentes, ſi ſub iuſta nominatione non appellauerint ad earum probationem non admittuntur*: Hinc per argumentum à contrario ſenſu infertur, quod, ſi ſub iuſta nominatione appellatum fuerit, ad manifeſtas probationes incolæ admitti debeant.

Verum ſciendum eſt, intentionem, cuius probatio eſſe debet, non ſimpliciter nec abſolute eſſe dubiam, ſed ſecundum quid duntaxat, reſpectu videlicet iudicis, cui probatio fieri debet: Ac proinde *in d. l. ciues.* Ciuium excuſationes eſſe quidem per ſe atque ipſis ciuibus manifeſtas: iudici tamen eſſe dubias ac propterea probatione indigere. Hinc etiam non ſtatim quæ per ſe & ſua natura certa ſunt, etiam nobis ſunt comperta *l. 30. §. ſuum heredem. ff. de acquir. hered.* Alioquin, quæ notoria ſunt, & omnibus ipſiq; iudici explorata, nulla prorſus indigent probatione, ſed ea allegari ſufficit.

Subiicitur in definitione *per argumenta oſtenſio.* Quæ particula itidem dubium *Litera D. Queſt. 5.*

non-

Digitized by Google

*An argumenti appellatione veniant teſtes & inſtrumenta?*

nonnullum recipit: Non enim videntur argumenti appellatione venire teſtes & inſtrumenta.

1. Etenim argumentum dicitur quaſi argute inuentum *c.forus.10.de verb.ſignific.* At hæc notatio non congruit teſtibus & inſtrumētis, ſed probationi duntaxat artificiali.

2. Textus præterea eſt expreſſus *in d. c.forus.* vbi ita ſcribitur: Argumentum nunquam teſtibus, nunquam tabulis dat probationem, ſed ſola inueſtigatione inuenit veritatem.

3. Quinetiam definitur argumētum à Cicerone in partit. quod ſit probabile inuentum ad faciendam fidem. Et à *Quintil. lib.5.c.10.* quod ſit probabile inuentum ad faciendā probationem. Hæc autem definitio non poteſt teſtibus & inſtrumentis accommodari; ſequitur proinde quod argumenti nomine, nec teſtes, nec inſtrumenta contineantur.

Cæterum quod generali inſtrumentorum appellatione etiam inſtrumenta contineantur, probat *l.5.in verb.inſtrumētis vel aliis argumentis.C.de fide inſtrum.*

Quinetiam hoc ipſum confirmat notatio argumenti: argumentum enim ab arguendo dicitur: Arguit vero etiam teſtes de facto deponētes, atq; inſtrumenta. Recte igitur argumenta dicuntur.

Nec impedit quod inſtrumentum dicatur quaſi argute inuentum: Nam iſta non eſt vera notatio argumenti, ſed quędam duntaxat alluſio. Et vt eſſet vera & propria notatio, non tamen quadraret ad quoduis argumentum, ſed ad illud duntaxat, quod ſic in ſpecie dicitur & teſtibus atq; inſtrumentis opponitur.

Idem quoque ad tertium argumentum reſpondemus: In locis quippe ex Cicerone & Quintiliano adductis, traditur definitio argumenti, ſpecialiter ita dicti, quam non competere teſtibus & argumentis, facile largimur.

*Ad ſecundum* quoque argumentum reſpondemus: vocabulum argumenti duplici modo in iure vſurpari, generaliter primo, deinde ſpecialiter & ſtricte in priori ſignificatione ſumptum comprehendere etiam inſtrumenta & teſtes; in poſteriori vero acceptum inſtrumentis & teſtibus opponi, atq; in hoc ſignificatu vſurpari *in d.c.forus*, prout etiam ſubiecta arguit notatio.

Probationum dicit Author noſter duas eſſe ſpecies, aliam propriam, aliam vero impropriam: Illius rurſus tres conſtituit ſpecies, teſtes, inſtrumenta & ocularem demonſtrationem. Rectius probationem propriam diuiſiſſet in artificialem & inartificialem, & hanc iterum in teſtes, inſtrumenta & demonſtrationem ocularem diſtribuiſſet; Et ſanè, dum omittit artificialem probationem, quæ in iure noſtro non ſolum in ciuilibus, ſed criminalibus etiam pro vera probatione habetur *l.fin. Cod.de probat.* vitioſam & mancam nobis diuiſionem exhibet. *Litera E.*

*Quæſt. 6. An allegatio notorij ſit proprie probatio?*

Quod ſubdit noſter Author de notorij allegatione, quod ſit probatio, & quidem probata probatio, id admittendum haut opinor: Etſi enim vim & effectum probationis fortaſſe habeat, non tamen probatio dicenda erit: Tum quia quod notorium eſt non poteſt probari; cum probatio ſit rei duntaxat dubiæ & incerta, prout paulò ante oſtenſum fuit; Tum quia finis probationis in notorio deficit; ſiquidem de eo, quod iam tum exploratum eſt iudici, fruſtra ei fides fieret. Quocirca cum notorij non ſit probatio vlla, perperam notorij allegatio probationis ſpeciebus annumeratur.

*Litera F.*

*Quæſt. 7. An præſumptio ſit ſpecies propriæ probationis?*

Probationis impropriæ ſpecies conſtituit noſter Author *præſumptionem, iusiurandum* & *Confeſſionem.* Sed male etenim hæc tria non tam probant, quam ab onere probandi releuant.

Et quidem, quod ad præſumptionem

Ggg attinet,

Digitized by Google

attinet, eam non eſſe proprie probationem ſupra fuit demonſtratum, maxime ex eo, quod diſcernitur diſerte à probatione *in rubric. & tot. tit. ff. de probat. & praeſumpt.* Deinde quod præſumptio excluſio potius & exoneratio eſt probationis, ſiquidem releuat ab onere probandi eum, pro quo militat.

Quæſt. 8. *An iuiurandum ſit ſpecies probationis?*

De iureiurando idem plane probatur ex *l. 30. ff. de iureiur. pr.* vbi dicitur, iusiurandum exonerare petitorem probandi neceſſitate. Deinde in defectum probationis ſolere iusiurandum deferri, probat *l. Admonendi. ff. de iureiur. & infra ad Theſin.* 2. pluribus id demonſtrabitur.

2. Accedit, quod iusiurandi non hic ſit finis vt fidem faciat iudici de intentione iurantis, ſed vt per iusiurandum, quaſi per tranſactionem, à lite diſcedatur.

3. Et ſane, quod non probet iusiurandum, nec fidem iudici faciat ea de re, de qua iuratum eſt, etiam ex eo relucet, quod facile fieri poſſit vt iurans, quoniam in propria cauſa quaſi teſtis aut ſane iudex exiſtit, peieret atq; periurium committat.

Non obſtat, quod iuramentum ſit confeſſio: At confeſſio ſit omnium probationum optima & maxima: Nam quod nec confeſſio ſit proprie probatio poſtea oſtendetur. Deinde confeſſio dicitur probatio non reſpectu eius, qui confitetur, ſed reſpectu alterius, aduerſarij videlicet confitentis; & hactenus confeſſio eſt probatio, quatenus arguit confitentis delictum vel debitum, vnde non pro cõfitente, ſed cõtra confitentẽ facere ſolet. Atqui iuramentum inſeruit ipſi iuranti eiusq; aduerſario contrariatur.

Non obſtat ſecundo, quod poſt iusiurandum alia probatio non deſideretur, ſed reus pro conuicto habeatur & condemnetur etiam, non minus, atque ſi vel teſtibus, vel inſtrumentis intentionem ſuam actor probaſſet: Hoc autem non fieret, ſi iusiurandum actoris non eſſet probatio pleramque fidem de iurantis intentione iudici faceret. Vnde dicitur *in §. item ſi poſtulante. 11. Inſtit. de actionibus.* Et *in l. 31. ff. de iureiurand. ſolere iudices exacto iureiurando, in dubiis cauſis ſecundum eum iudicare qui iurauerit.*

Bene ſiquidem ad hoc Donellus reſpondet, fieri quidem ex edicto prætoris, vt ſi quis, deferente aduerſario, iurauerit, iudex eius iurisiurandi fidem ſecutus, eum abſoluere debeat, ſi reus eſt, aut aduerſarium condemnare, ſi actor eſt; ſed hoc non ideo, quia iusiurandum fidem fecerit, ſed quia ita conuenerit, vt ſi ille iurarit, vt à lite diſcederetur. *d. l. 31. ff. de iureiurand.* vbi ratio redditur quare iudices pro eo, qui iurauerit ſibi deberi, aut ſe non debere, pronunciare ſoleant, quia videlicet tranſactionis ſpeciem iusiurandum habeat: Valet igitur iusiurandum ex conuentione & voluntate deferentis, non ex iurantis teſtimonio ac fide; quod niſi ita eſſet, etiam qui non deferente aduerſario iuraſſet, ſibi deberi, fidem faceret, quod tamen non ita eſt. *l. 3. ff. de iureiurand.*

Denique non obſtat, quod hæc ſententia, iuramentum videlicet eſſe probationem, à Iaſone *in d. l. Admonendi. nu. 232. ff. de iureiur.* Æmil. Ferret. *in rubric. ff. de probat. nu. 19.* Marſil. *in rubric. C. de probat. num. 130.* Corſet. *ſingul. in verb. mandatum.* Caccialup. *in d. l. Admonendi. num. 136.* Decius *in rubric. extr. de probat. num. 11.* Iacob. Menoch. *lib. 1. præſumpt. 1. nu. 35.* & à communi Dd. ſchola recepta & approbata ſit.

Ad hoc enim reſpondetur communem Dd. ſententiam nihil valere contra leges vel iuris rationem manifeſtam. *l. 1. §. 6. C. de iure vet. enucl.*

De

Digitized by Google

Quæſt.9. *An confeſſio ſit probatio?* De Confessione, vtrum probatio ſit proprie ſic dicta, valde dubitatur?

Pro Affirmatiua hæc faciunt argumenta.

1. In *cap.1.de confeſſ.in ſext.* dicitur ſententiæ negatiuam orationem probari non poſſe, quam per confeſſionem.

2. Deinde *in capit.cum ad ſedem.verſic. Nos prioris acta. extr. de reſtit. ſpoliat.* ait Sichardus eſſe apertum textum, quo probetur, quod confeſſio ſit probatio.

3. In *l.16. C. de pœnis.* dicitur aliquem conuinci propria confeſſione: At ſolis probationibus aliquis cōuincitur. Confeſſio igitur eſt probatio.

4. Accedit hiſce etiam text. *in Clem. ſæpe.2.de verb.ſignif.in verb. Et quia poſitiones ad faciliorem expeditionem litium, propter partium cōfeſſiones & articulos ad clariorem probationem vſus longæuus in cauſis admiſit, &c.*

Pro contraria opinione, quod Confeſſio non ſit propriè probatio, facit primo quod *tit.de probat.& de confeſſ.* ſeparantur non ſolum in iure ciuili, ſed etiam in iure canonico. At hoc non fieret, ſi confeſſio eſſet probatio.

2. Idem corroborat quoq; iſta ratio, quod conuinci & confeſſum eſſe vt ſeparata in iure ponantur. *c. at ſi clerici. de iudic.l.2.C.quorum appellationis non recip.*

3. Idem relucet etiam ex eo, quod confeſſio proficiſcatur à reo, cuius non eſt probare; nec ab actore fluit, cui probandi onus incumbit.

4. Quinetiam confeſſio eſt probationis quædam excluſio, vt quæ illum, cui incumbit probatio, à neceſſitate probandi liberet & onere probandi exoneret.

5. Denique Is, qui confitetur, non id facit teſtificandi gratia, aut quicquā probandi, ſed aut bonæ fidei agnoſcendæ cauſa, aut euitandæ iudicij moleſtiæ gratia & eius pœnæ.

Et hæc etiam ſententia veriſſima eſt: nec ei obſtant cōtraria argumenta: nam quotiens confeſſio dicitur probatio, fit hoc abuſiue, habita ad effectum eius relatione, quia videlicet idem operari videtur quod probatio.

### *Resolvtio Thesis Secundæ.*

Probationis porro variæ tradi ſolent diuiſiones ac ſubdiuiſiones; quarum prima hæc eſt, quod probatio alia ſit *artificialis*, alia *inartificialis*, Duarenus *lib.1. diſput.c.27.* Iacob. Menoch. *in præſumpt.1.* Donell. *c.5. de probat.* Robert. 4. *ſentent.1.* Petr. Gilcken. *ad rubric. C. de probat. nu.10. & ſeq.* Weſenbec. *in paratitl. de probat. num.4.* *Litera A.*

Artificialis probatio dicitur, quæ ex re ipſa naſcitur & inde ab eo, qui probare vult, per artem dialecticæ eruitur & argumentum in ſpecie appellitari ſolet.

Inartificiales probationes dicuntur ad quas inueniendas ars nihil prodeſt: An ſint enim teſtes & vtrum tabulæ, ſiue inſtrumenta extent eius rei, de qua quæritur aliorum admonitu tantum non arte aut ingenio conſequimur. Chartas illas, quas Galli partitas vocant, Germani außgeſchnittene Zettel nominant, itemq; bacillos tranſuerſim crenis inciſos Kerbhöltzer iure communi vim probandi non habere certum & expeditum eſſe puto: De conſuetudine vero quorundam locorum quin vim probandi habeant itidem exploratum eſſe opinor, ſicut nec illud dubitationis quippiá habere arbitror, quod illis vis probandi locorum ſtatutis attribui queat. *Litera B.*

Quæſt.10. *An probatio recte diuidatur in plenam & ſemiplenā?* Diuiditur præterea probatio in plenam & ſemiplenam: Plenam illam appellant, quę iudici de re controuerſa plenam fidem facit: Semiplenam, quæ aliquo modo, ſed tamen non plenè iudicem de re, de qua lis eſt, inſtruit eidem-

poſt: In quibus vtilitatem aliquis ex periurio aſſequitur, ea ſine iureiurando iudicentur.

8. Adde quod abſurdum ſit aliquem in propria cauſa iudicem exiſtere: Id autem hoc loco accideret, quia præſtito iureiurando actor ipſe vicem alterius teſtis ſubire videretur.

9. Quin etiam abſurdum eſt, eum, qui filij aut domeſtici teſtimonio implere probationem non poſſet, eam ſuo teſtimonio proprio implere.

10. Paria ſunt, aliquid plane factum non eſſe & factum quidem eſſe, ſed imperfecte *l. 6. ff. qui ſatisd. cog. l. 5. C. de legib.* §. 7. *Inſt. quib. mod. teſtam. infirm.* vbi Iuſtinianus ait, *imperfectum teſtamentum ſine dubio nullum eſſe*: Semiplena itaque probatio, vtpote imperfecta, ſine dubio pro nulla habebitur.

Cæterum contraria ſententia communiori Dd. calculo approbata videtur, eidemque ſubſcribunt Borchold *de iureiur. c. 8. n. 59.* Iacob. Cuiacius 22. *obſeru.* 28. Setzerus *de iureiurand. lib. 4. c. 10. & c. 12.* Oſwaldus Hilliger *in Donell. Enucl. lib. 24. cap. 11. lit. D & ſequent.* Forſter. *de iuriſdict. Roman. p. 2. leg. Numæ 3. Reg. 3. n. 57.* Zoannet. *ad l. 4. num. 26. & ſeqq. Cod. de edend.* Beuſt. *ad l. admonendi* 31. *numer.* 451. & *num.* 938.

Pro hac autem ſententia facere videntur hæc iuris fundamenta. 1. Gaius ICtus *in l. admonendi. 31. ff. de iureiurand.* ſolere, ait, iudices in dubijs cauſis, exacto iureiurando, ſecundum eum pronunciare, qui iurauerit: Iam vero dubia cauſa eſt quando actor non quidem nihil penitus, ſed aliquid probauit, verum non plene: hoc igitur caſu dubio vult ICtus Gaius iuſiurandum deferri in ſemiplenæ iſtius probationis ſupplementum.

Cæterum Duarenus & Donellus eoſdemque ſecutus Antonius Faber in locis ſupra citatis ad hoc argumentum reſpondent, dubias eſſe cauſas non eas, in quibus actor minus plenas probationes habet, ſed quæ paritate probationum eo redigunt iudicem vt hæſitet in vtram partem propendere debeat. Et hoc exinde probatur, quod cauſa reſpectu iudicis non poſſit dici dubia, in qua conſtat abſolui reum oportere: Iam vero conſtat ex prædictis quod actore ſuam intentionem plene non probante, reus abſolui debeat, non minus atque ſi nihil quicquam probaſſet, dubia igitur non poteſt ea cauſa dici, in qua ſemiplene probatum eſt; Et ſane, ſi fatendum omnino quod res eſt, hæc *l. admonendi.* parum admodum inſeruit communi Dd. opinioni.

2. Producunt deinceps pro eadem ſententia *l. 3. C. de reb. credit. & iureiurand.* in qua ab Impp. Dioclet & Maxim. reſcriptum eſt: *In bona fidei contractibus cæterisq; cauſis inopia probationum per iudicem iureiurando, cauſa cognita, rem decidi oportere*: Iam vero inopia probationum non eſt, quando vterq; plene probauit ſuam intentionem, actor ſcilicet & reus; ſed tunc demum eſt inopia probationum quando aliquid, ſed non perfecte, nec plene probatum eſt: Hoc igitur caſu ſecundum Impp. *in dict. l. 3.* iuriiurando locus erit.

Reſpondet quidem Antonius Faber ad hanc L. quod intelligi debeat de iudiciali iureiurando, quod nempe non iudex parti, ſed pars parti in iudicio defert, huiuſmodi quippe iuſiurandum, non, niſi exiſtente probationum inopia, deferri ſolet *l. 35. ff. de iureiur.*

Veruntamen verba textus plane refragantur, vt quæ expreſſe concepta ſint de iureiurando per quod iudex rem controuerſam decidere ſolet; Hoc autem de alio intelligi non poteſt, niſi de eo quod iudex parti defert in iudicio.

Probabilior videtur reſponſio Duareni & Donelli quod tunc reuera ſit pro-



Digitized by Google

bationum inopia quando vterque litigans plene probauit, vt par vtriuſque ſit probatio: Vt ſi actor duobus teſtibus idoneis & omni exceptione maioribus probaſſet ſe centum florenos mutuo dediſſe Sempronio: Hic vero Sempronius itidem duobus teſtibus, æque idoneis, probaſſet ſe eo die abfuiſſe eo loco vbi pecunia credita & ſoluta dicitur: Hic certe inopia foret probationum quia paritas probationum facit vt cauſa non minus laboret inopia, quam ſi nihil penitus probatum fuiſſet, cum vnius probatio alterius probationem quodammodo excludat.

3. In *l.3. §.1.ff.de teſtibus.* ICtus ſcribit: *Scire potes quanta fides haberi debeat teſtibus*; Ex quo inferri poteſt & colligi quod fides, quæ fit iudici, recipiat intentionem & remiſſionem & modo plena ſit, modo non plena, modo minor, pro genere probationum diſpari. Additur in ead. *l.3. §.2. quę argumenta ad quem modum probanda cuique rei ſufficiant*: è quibus verbis infertur quod ſicut fides & aſſenſus modo plenus & integer, firma perſuaſio, modo imperfectior, vt in opinione, dubitationem adiunctam habenre, ita & probatio, argumentum faciens iudici fidem.

Sed nec hoc argumentum magni momenti eſſe videtur: textus ſiquidem, ex *§.1.* adductus, probat ſaltem quod quibuſdam teſtibus plus fidei tribui debeat, quodque probationum certi ſint gradus & vna perfectior, plenior ac firmior altera, verum exinde non ſequitur, quod probatio quædam ſit imperfecta, cui iudex nihilominus aliquid fidei tribuere & accommodare debeat. Deinde hoc vult textus iſte, quod iudicis ſit diiudicare, an aliquid fidei tribui debeat, teſtibus productis an vero nihil penitus. Idem quoque ſibi velle *ſeq. §. 2.* ex verbis textus pluſquam eſt manifeſtum.

4. Pro eadem opinione & hoc facere videtur, quod in criminalibus quoq; indiciorum habeatur ratio, quæ indicia imperfecte probant *l.22. C. de falſis. l.5. §.6.ff. de re militar. l.16. C. de pœnis. & ſimilib.*

Exigui autem momenti eſt hoc argumentum, ſi exactius & diligentius conſideretur: Non enim indicia, è quibus facineroſi torturæ ſubijci ſolent, facinus quicquam probant, ſed ita ſaltem ſuſpectum reddunt accuſatum vt veritas ab ipſo per tormenta extorqueri valeat: Nec vllibi ſcriptum legitur, indicia iſta in criminalibus vllam facere probationem.

5. Tueri tamen non parum videtur hanc vulgarem ſententiam Dd. textus in *l.5. & ſeq. C. de probat.* vnde conſtare ac liquere videtur, plures probationes imperfectas, etſi diuerſi ſint generis, coniungi & ita firmum aſſenſum mereri poſſe. Inconuincibile proinde videtur eaſdem per ſe quoque & ſeorſim ſubſiſtere, alias nec iungi poſſent.

Sed & hoc argumentum vix ſuſtineri poteſt: Quod enim inſtrumenta domeſtica ſeu priuatæ teſtationes & annotationes itemque rationes defuncti de quibus in *d.l.5. & 6.* agitur, nihil quippiam probent, nec probationis nomen mereantur, euincunt *l.7. C. de probat. Nouel.48. verſic. Cæterum hoc quidem.* & mox in ſequentib. dicetur pluribus: quomodo itaque dici poteſt quod per ſe & ſeorſim ſubſiſtant: Nec ſequitur, ſimul iuncta ſubſiſtunt; Ergo etiam ſeorſim: Etenim ſola ratio naturalis per ſe non eſt ſufficiens ad hoc, vt patris conſenſus in nuptijs liberorum adhiberi debeat: At coniuncta cum patria poteſtate, ratione videlicet ciuili, hoc vtique operatur & efficit *princ. Inſt. de nupt.*

6. In *cap. vlt. in fine. extr. de iureiur.* actori quoque iuramentum defertur ſi præſumptio ſit pro eo, ſi aliæ circumſtantiæ ſuadeant.



Digitized by Google

Verum & hic textus impertinenter ad propoſitum allegatur; nihil quicquam enim de ſemiplena probatione habet, ſed de præſumptionibus pro reo militantibus, deque circumſtantijs cum cauſæ, tum perſonæ actoris, quæ hoc iuramentum ſuppletorium reo vel actori deferri mereantur, tractat.

7. Allegari præterea ſolet pro confirmanda iſta ſententia *l. Theopompus. 14. ff. de dot. prælegat.* ex qua Dd. colligunt vnius teſtimonio præſumptionem & ſemiplenam induci probationem;

Sed male; quia in ſpecie iſtius legis non tam creditur vni Polliano, de quo ibi agitur, quam voluntati patris, qui ſatis aperte codicillis declarauit, velle ſe vt quas partes aſſignauerit cuique filiæ in hæreditate, nempe æquas, eædem quoque dotis partes eſſent. Quin etiam, tacente patre, argumentum æqualium portionum hæreditariarum ſatis arguebat dotis æqualitatem *l. 32. §. 1. in fine. ff. de vſu & vſufr. legat.*

8. Pari modo impertinenter adducitur *l. ſi quis decurio. 21. Cod. ad l. Cornel. de falſis.* Non enim agitur ibi de recipiendo teſtimonio teſtis vnius, puta tabellionis, ſed in dubium ſi vocetur inſtrumentum à tabellione conſcriptum; idque falſum arguatur, ipſummet tabellionem veritatis eruendæ cauſa tormentis ſubijciendum dicitur.

9. Similiter non patrocinatur huic ſententiæ *l. vbi numerus. 12. ff. de teſtibus.* vbi dicitur, quod duo teſtes plenam fidem faciant: Nam exinde perperam colligitur teſtem vnum ſemiplenam facere probationem, quippe ex eo, quod duo numerum efficiunt, non recte colligitur vnum, facere ſeminumerum; Cum ſeminumeri nulla vnquam mentio fiat.

10. Nihil inſuper ad rem facit *capit. fin. de ſucceſſ. ab inteſt.* Nam ibi, cum teſte deponente de vero actu concurrebant aliæ præſumptiones & adminicula, depoſitiones videlicet aliorum teſtium de confeſſione defuncti, quæ probatio potentior eſt iuramento partis, quo quis in cauſa propria iudex fit & conſtituitur.

11. Poſtremo exigui ponderis eſt quod adfertur ex *capit. ſuper eo. 22. extr. de teſtib. & atteſtat.* ibi enim ex matris teſtimonio inducitur præſumptio, non quod teſtis eſt vnica, ſed quia præter matrem alia adhuc mulier quædam teſtimonium perhibuit.

Vtriuſque tamen mulieris teſtimonium reijcitur; Matris, quia ſuſpectum eſt: Alterius mulieris, quia teſtis vnica eſt. Et quanquam in caſu §. *ſuper illa. eiusd. cap.* teſtimonium ſolius matris ſuſpicionem non modicam facere dicitur. Hoc tamen ideo, quia nemo rectius & melius, quam mater ſcire poteſt, an filius conſanguineus ſit alicuius.

Verum enim vero, etſi communis hæc opinio fundamentis parum firmis nitatur, prout ex hactenus dictis ſufficienter relucet, ita tamen in foro recepta & frequentata eſt, vt ab ea in pronunciando minime recedere liceat, vt proinde, meo iudicio, fruſtra & ſine vllo fructu labor in eam impugnandam & euertendam impendatur; interim tamen argumenta & huius & contrariæ opinionis referre libuit, vt vel exinde pateret, ſæpe errore quodam Interpp. opinionem aliquam in iudicia inuehi, quæ legibus non modo non ſit ſatis fulcita atque munita, ſed quæ etiam Legibus & iuris rationibus aperte refragetur.

De

De communi opinione quantum mereatur authoritatis, ſupra prolixe diſſeruimus ſub *diſput.* 1, *theſ.* 8, *q.* 42. *volum. prior.* quo breuitatis cauſa amicum Lectorem remitto.

Quæſt. II. *An priuata ſcriptura pro ſcribente faciat ſemiplenam probationem?*

Ad ſemiplenam probationem vulgo referri ſolet priuata ſcriptura, ita Accurſius *ad l. 2. ff. de fide inſtrum. l. in bona fidei. C. de reb. credit. & iureiur. & ad l. admonendi* 31. *ff. de iureiur.* ibidemque Iohannes Coraſius *num.* 44. *cum ſeqq.* Veruntamen contrariam ſententiam longe veriorem eſſe iudico: Quod enim priuata ſcriptura nihil omnino quicquam probet loculentiſſime euincit *l.* 5. *C. de probat. Inſtrumenta*, inquiens, *domeſtica ſeu priuata teſtatio, ſeu adnotatio, ſi non alijs quoque adminiculis adiuuentur, ad probationem ſola non ſufficiunt.* Et *in l. ſequent.* 6. *eod. tit. Rationes*, ait Philippus Imperator, *defuncti quæ in bonis eius inueniuntur, ad probationem ſibi debitæ quantitatis ſolas ſufficere non poſſe, ſæpe reſcriptum eſt. Eiuſdem iuris eſt & ſi in vltima voluntate defunctus certã pecuniæ quantitatem aut etiam res certas ſibi deberi ſignificauerit.*

Ecce hic quamuis rationum libri non tumultuarie, ſed accurate, diligenter ac fideliter à bonis patribusfam. confici ſolent, tamen ſi quis in rationibus ſuis aliquem ſibi debere ſcripſerit, rationes pro ipſo fidem non faciunt. Sic etiam licet teſtamenta ſancte & religioſe confici ſolent à morituris, & quo quis propius ſe adeſſe iudicio Dei intelligit, eo magis iram Dei reformidat, vt veriſimile non ſit teſtatorem in ſuo teſtamento mentiri velle, præſumptio tamen iſta ad rem nihil facit, placetque quicquid teſtator in teſtamento ſuo ſcripſerit, aut ſuam eſſe aut ſibi deberi, id fidem pro eo, aut pro hæredibus eius non facere. Donell. *ad d. l.* 6.

Ratio autem huius alia aſſignari non poteſt, quam iſta, quod huiuſmodi ſcripturæ domeſticum contineant teſtimonium, ipſumque ſcriptorem teſtem in propria cauſa conſtituant, huiuſmodi vero teſtimonium, veluti ſuſpectum, fidem iudici non faciat *l. nullus.* 10. *ff. de teſtib.*

In *l. exempto.* 7. *C. eod. tit. de probat.* dicit Gallienus Imperator, exemplo pernicioſum eſſe, vt ei ſcripturæ credatur, qua vnusquiſq; ſibi adnotatione propria debitorem conſtituit: Vnde nec fiſcum, neque alium quemlibet ex ſuis ſubnotationibus debiti probationem præberẽ poſſe.

Hoc vero ideo exemplo pernicioſum eſt, quia fraudibus, fallacijs atque mendacijs præberetur occaſio: Complures enim homines perdidiſſimi extituri forent, qui in priuatis ſuis rationibus & libris alios ſibi debere obligatosque eſſe, annotaturi forent: Nec ad rem pertinet, ſi quis dicat, iudicem facile cogniturum eſſe, virum improbum & eius fidem non ſecuturum: ſiquidem experientia nos docet, improbiſſimos homines mentiri audacter ſolere, ſe eſſe omnium optimos & nobiliſſimos, vt improbitas ſemper adiunctam impudentiam habet.

At diceret aliquis, hæc, quæ hactenus allata fuerunt ad infringendam priuatæ ac domeſticæ ſcripturæ authoritatem, id ſolum probant quod priuatæ literæ pro ſcribente plenam non faciant fidem: Non vero euincunt quod nec ſemiplenam, in cuius ſupplementum deferri poſſit huiusmodi ſcripturam proferenti iusiurandum; Quin potius quod aliquã, non tamen plenam fidem & probationem faciant, haud diſſimulare videtur Imper. Philip. *in d. l.* 5. *C. de probat.* vbi non ſimpliciter, nec abſolute dicit, inſtrumenta domeſtica, ſeu priuata nihil probare, nullam fidem facere; ſed dicit ad probationem *ea ſola non ſufficere.* Et quod ſupplementum admittant, oſtendunt verba iſta, *ſi non alijs quoq; adminiculis adiuuentur.*

Sed non eſt, quod quenquam hæc obie-

Digitized by Google

obiectio moueat: Nam per adminicula intelliguntur probationes per ſe ſufficientes ac legitimæ, veluti cautiones teſtibus adhibitis interpoſitæ, vel etiam teſtes: Etenim cum iudicis ſit æſtimare quid credat, aut quid ſibi non probatum opinetur *l.3.§.1.& 2.* itaque teſtibus productis, aut aliis probatis inſtrumentis, ſi adhuc dubitet, poteſt animum ſuum confirmare adiectis annotationibus & teſtationibus priuatis ac domeſticis; atque ita hoc duntaxat operantur priuatæ ſcripturæ vt iudicis animum, de probationibus legitimis, adhuc aliquo modo addubitantis, magis magisque confirment.

Quæſt. 12. *An Rationes & libri mercatorum probent pro allegante?*

Excipiuntur tamen hoc loco Rationes Mercatorum, quas ſemiplenam facere probationem non ſolum vnanimi practicorum ſententia & calculo probatum, ſed vſu quoque fori receptum eſt; Hoc tamen ita, ſi ſequentes qualitates intercedant. 1. Si mercator, qui rationes ſcripſit, bonæ ſit famæ & veritatem ſcribere conſueuerit *l. vniuerſorum. ff. de pign. act. l. qui ſemiſſes. §. 1. ff. de vſur.* 2. Si Mercator rationes propria manu conſcripſerit *l. generaliter. C. de non numerata pecun.* 3. Si cauſa debiti ſit expreſſa *l. cum de indebito. §. fin. ff. de probat.* 4. Si liber rationum contineat data & accepta *l. Publia. §. final. ff. depoſit.* Andr. Gail. 2. *obſeru.* 20. Hæ quatuor qualitates & conditiones ſi cōcurrant, exiſtimat Andr. Gail. rationes & libros Mercatorum ſemiplene probare ita vt ſcribenti & proferenti iuramentum ſuppletorium deferri poſſit.

Verum Petr. Gilckenius *ad l. inſtrumenta. 5. C. de probat.* ſecutus Iacob. Menochium *arbitr. iud. quæſt. lib. 2. cent. 1. caſ. 91. num. 19.* ſtatuit circa propoſitam quæſtionem, in poteſtate iudicis verſari vt ex circumſtantijs perſonarum, rei, quantitatis item adminiculorum, quæ concurrunt, conſtituat, an rationes, ſi de fide illarum quæratur, præſumptionis gradum, an ſemiplenæ, an denique plenæ probationis munus ſuſtinere debeant. Et huius ſententiæ fundamentum conſtituit in *l. 5. C. de probat.* vbi conſtituitur inſtrumenta domeſtica vel rationes ſolas non ſufficere, niſi alijs adminiculis nitantur.

Hugo Donellus *ad l. rationes. 6. C de probat.* ſtatuit, libros & Rationes mercatorum nullam penitus mereri fidem, nec pro proferente quippiam probare, quæ etiam ſententia rationi & Legib. maxime conſentanea eſſe videtur. Nam 1. de inſtrumentis priuatis atque domeſticis, qualia inſtrumenta etiam libri & Rationes mercatorum ſunt, in genere ſancit Philippus Imperator, ea ad probationem non ſufficere *dict. l. 5 Cod. de probat.*

2. Deinde in ſpecie de Rationibus idem ſcribit *in l. 6. eod.*

3. Et Gordianus inſuper exemplo pernicioſum eſſe dicit, fidem accommodari priuatis annotationibus, quibus ſibi quisque debitorem conſtituit.

4. Et ſane ratio, ob quam ſupra dicebatur, ſcripturam priuatam non facere pro ſcribente, generalis eſt & in mercatoribus æque, atque in aliis obtinere videtur: Non enim mercatores magis, quam alii in propria cauſa teſtes eſſe poſſunt *l. nullus. 10. ff. de teſtib. c. licet vniuerſis. de teſtib.* Deinde exemplo quoque pernicioſum foret adnotationibus mercatorum, quibus ſibi debitorem conſtituunt, fidem vllam haberi. Et ſi fiſci rationibus vis probandi denegatur, quanto magis rationibus mercatorum?

Non me quicquam mouet *l. Lucius. 46. ff. de adm. n. tutor.* vbi proponitur, tutorem, tutelæ iudicio conuentum, edidiſſe librum rationum & ſecundum eum condemnatum ſoluiſſe. Ex quo videtur inferendum, quod ſi rationes tutorum ac curatorum fidem ac probationem merentur idem quoque ſtatuen-

dum ſit de mercatorum libris ac rationibus.

Reſpondet quippe Gilckenius *in dict. l. inſtrumenta. 5. C. de probat.* aliam eſſe tutorum ac curatorum & aliam mercatorum cauſam, quia tutorum ac curatorum officio incumbat vt ſecundum qualitatem pupilli vel minoris & facultatibus ipſius & conſuetudinem eorum, qui eiusdem dignitatis & conditionis ſunt, alimenta ſuppeditent *l. 12. & 13. ff. de admin. tutor.*

Non obſtat præterea quod paſſim in iudiciis hodie inualuerit hoc ius, vt ſemiplenam probationem faciunt libri M..rcatorum, atque in ſupplementum mercatori rationes ſuas proferenti iuramentum deferri queat; Conſuetudo autem & obſeruantia iudiciorum ſit optima legum Interpres.

Ad hoc quippe reſpondetur conſuetudinem huiusmodi plane irrationabilem eſſe ac exemplo pernicioſam *dict. l. exemplo. C. de probat.* & ideo non obſeruandam *l. 39. ff. de legib.* atque huc pertinet illud, quod de irrationabili conſuetudine ſcribit Vlpianus *in l. 13. in fine. ff de iniur.* Eam quidem obſeruatam eſſe, attamen nullo iure.

Porro Andreas Gailius *in dict. obſeruat. 20. num. 4.* ſcribit: In foro mercatorum, atque ſic inter ipſos mercatores, huiusmodi librum rationum non modo ſemiplenam, ſed plenam probationem facere, ſi nempe prædictæ qualitates concurrant, quia inter ipſos mercatores ſemiplenæ probationes plene probent & inter ipſos ex æquo & bono iudicari ſoleat Zaſ. *conſil. 15. num. 53. volum. 1.* Bald. *conſil. 198. num. 5. volum. 1.* Quod tamen & ipſum nullo nititur iure; ſed rationi potius & legibus refragatur; nec profecto vlla occurrit ratio, quæ inter mercatores & cæteros vllam conſtituere poſſit differentiam.

Quin etiam Andreas Gailius opinatur conſuetudine introduci poſſe vt plene, etiam ſine iuramento credatur libris mercatorum; quia tunc ſcriptura mercatorum niteretur publica authoritate: Adſtipulatur huic Iohannes Sichardus. *ad dict. l. exemplo. num. 8.* vbi ait, ſtatutis municipalibus caueri poſſe vt plene probent libri mercatorum; Et talia ſtatuta facta eſſe Norimbergæ & Friburgi. Subſcribunt eidem ſententiæ Didac. Couarruu. *pract. quæſt. 22. num. 8.* Iacob. Menoch. *2. arbitr. iudic. quæſt. caſ. 91. num 16.* Alexand. *conſil. lib. 7. conſil. penult. num. 4.*

Quæſt. 13. *An conſuetudine poſſit introduci vt ſine iuramento credatur libris mercatorum?*

Sed de hoc non immerito quis addubitauerit: Nam conſuetudo qua quid introducitur quod exemplo pernicioſum eſt, ſine dubio irrationabilis eſt ac pernicioſa. Iam vero exemplo pernicioſum eſt, fidem haberi priuatæ ſcripturæ & rationibus producentis *dict. l. exemplo.* Igitur conſuetudo, qua hoc introducitur, vt plena fides rationibus Mercatorum pro ipſis ſcribentibus tribuatur, erit pernicioſa & irrationabilis, ac conſequenter ſecundum eam in iudicijs pronunciari non debebit *l. 39. ff. de legib.*

2. Adhæc nulla conſuetudo quicquam derogare aut præiudicare poteſt iuri naturali & diuino §. *penult. Inſt. de iur. natur. gent. & ciuil. cap. Imperator. diſtinct. 9.*

Atqui conſuetudo prædicta eſt iuri diuino & naturali contraria, quia iuri naturali & diuino repugnat vt quis ſit teſtis ſimul & actor in propria cauſa *l. nullus. 10. ff. de teſtibus. cap. cum eſſet. extr. de teſtament. cap. licet vniuerſis. de teſtib. & quæſt. 4. cap. 1. in primis. cap. notum. cap. ſi peccauerit. cap. Deus omnipotens 2. quæſt. 1. capit. iudicet 3. quæſt. 7. cap. nullus. 4. quæſt. 4. cap. forus. §. in omni. de verbor. ſignificat.*

3. Quæ-

3. Quæcunque conſuetudo occaſionem præbet deceptionibus ac doloſis machinationibus, illa pro turpi habenda eſt, nec in Republ. bene conſtituta tolerari debet.

Iam vero talem eſſe eam, qua fides plena tribuitur priuatæ ſcripturæ ac libro mercatorum; quoniam, introducta iſta conſuetudine, mercatores, vt qui toti lucro pecuniario ſint dediti, debitores ſibi proprijs annotationibus conſtituere conabuntur, vtpote certo ſcientes, hiſce annotationibus ſuis plenam fidem habitam iri.

Quocirca talis conſuetudo non introducenda, nec introducta toleranda erit.

Cæterum Gailius & qui præterea huiusmodi conſuetudinem defendunt; ſic demum eam valere & ſubſiſtere volunt; ſi mercatoris integritas & probitas cognita ſit & explorata; omniumque opinione is pro integro viro habeatur.

Deinde vt ad cauſam ſiue adminiſtrationem negotiationis pertineat. Denique cauſæ qualitatem & magnitudinem debiti à iudice conſiderari volunt.

Semiplenæ probationis ſpecies ſiue exempla quatuor recenſentur à Sichardo *ad rubric. tit. Cod. de probat. num.* 5. & Iohanne Coraſio *ad l. admonendi* 31. *ff. de iureiurand.* Nempe 1. Vnus teſtis. 2. Priuatorum inſtrumentum. 3. Fuga aduerſarij. 4. Comparatio literarum. 5. Addunt his etiam nonnulli famam.

Quæſt. 14. *An fama ſemiplenam faciat probationem?*

De vnico teſte, deque priuatis inſtrumentis dictum eſt iam ſatis ſupra. De Fama quod ſtatuitur, illam videlicet eſſe ſemiplenam probationem delicti perpetrati vel debiti, id dubium adhuc nonnullum recipere videtur.

Quod enim fama faciat ſemiplenam probationem, probatur 1. Hac ratione quod teſtis vnus ſemiplene probet *l. admonendi. ff. de iureiur. l.* 3. *Cod. de reb. credit. & iureiur.* Fama autem plus poſſit, quam vnicus teſtis, cum teſtis ſolus ſponſalia iurata non diſſoluat *cap. praeterea.* 2. *de ſponſ.* & fama ſola ſoluat *c.* 2. *de conſang. & affin.*

2. Quia nemo ſubijcitur torturæ niſi talia ſubſint indicia, quæ ſemiplenam probationem faciant; Fama autem ſit ſufficiens indicium ad torturam vt probat. *artic.* 25. *verſic.* Erſtlich ob der Verdacht. *crimin. conſtit. Carol. V.* quanquam duo ad hoc requirantur 1. Vt reus ſuſpectus, de quo fama delicti ſparſa eſt, ſit vilis conditionis & homo leuis vt facile de eo ſuſpicari male poſſimus, aut ſimile facinus antea quoque perpetraſſe dictus fuerit. 2. Vt fama non ab inuidis & inimicis ſuſpecti rei, aut leuibus perſonis ſit orta, ſed ab honeſtis & minime ſuſpectis viris Henricus Bocerus *in tr. de quaeſt. c.* 3. *n.* 27.

3. Poſtremo quod fama ſit probatio ſemiplena confirmat *l.* 3. §. 2. *ff. de teſtib.* vbi Calliſtratus ita ſcribit: *Eiusdem quoque principis extat reſcriptum ad Valerium Verum de excutienda fide teſtium in hæc verba: Quæ argumenta ad quem modum probandæ cuique rei ſufficiant nullo certo modo ſatis definiri poteſt; ſicut non ſemper, ita ſæpe ſine publicis monumentis cuiusque rei veritas deprehenditur; alias numerus teſtium, alias dignitas & authoritas alias veluti conſentiens* FAMA *confirmat rei, de qua quæritur, fidem.*

Sed quod fama ſola non faciat ſemiplenam probationem, ſed qualem qualem duntaxat præſumptionem, niſi alia adminicula cum ea concurrant, verius eſt: præterquam enim quod ſemiplena probatio ſit merũ Dd. figmentum, nec vllum penitus in iure fundamentum habeat, certum etiã eſt quod nullo iuris teſtimonio edoceri ac demonſtrari

Hhh 2 valeat,

4. In *l.ſi in libertum 28. §. vlt. ff. de bonis libert.* innuitur quod etiam reus, qui aufugit, abſens damnari poſſit. Quod ſi damnari poteſt, ſequitur quod ſua fuga pro confiſſo habeatur.

5. In *cap.4. extr. de præſumpt.* aſſeritur, nocentem præſumi eum, qui ſuis dilationibus iudicium ſubterfugit.

6. Deniq; cum fuga ſufficiens ſit indicium ad torturam, maxime ſi poſt inſtitutam accuſationem, vel oblatum libellum reus fugæ ſe dederit, *artic. 25. verſ.* Erſtlich / ob der Verdacht. *crim. conſtit. Carolin.* ſequitur quod ad minimum ſemiplene probet, quandoquidem ea demum indicia ad torturam ſufficientia eſſe iudicantur, quæ ſemiplene probant.

Veruntamen, etſi hæc argumenta admodum ſint ſpecioſa, mihi tamen, aliorum rectius ſentientium iudicio ſaluo, aſſerendum videtur, fugam ne ſemiplene quidem probare.

Etenim illa demũ ſemiplena eſt probatio, quæ veriſimile eſt criminis vel debiti indicium. *arg. l. 8. §. oportet. ff. de quæſt.* Atqui fuga non eſt veriſimile indicium: quia illud demum argumentum vel indicium veriſimile dicitur, quod plerumque arguit & oſtendit verum eſſe illud de quo quæſtio eſt: Iam vero abire de loco & aufugere quis poteſt, licet innocens ſit & minimè criminis reus, ex alia ſcilicet cauſa, puta ne de facto adprehendatur, in carcerem indigne coniiciatur, falſis teſtibus conuincatur & morte mulctetur. Nam ſeruus à domino ſuo fugiens non ex eo, quod fugit ſemel, vitio fugitiui confeſtim laborare dicitur, ſed vitium hoc ex mente eius & affectu æſtimatur. *l. quid ſi fugitiuus 17. §. 1. §. 3. §. 4. ff. de ædilit. edict.* Et licet diſcipulus à ſuo magiſtro, vel ſeruus à domino ſuo fugiat, vt ad tempus eius iracundiam aut ſæuitiam euitet & metu verborum aliquandiu ſe liberet, non tamen id ei vitio vertitur. *l. 17. §. 3. & §. 4.* Non igitur ex eo crimen veriſimiliter argui poteſt, quod quis metu carceris, vel tormentorum, aut ſupplicij falſis ſi conuincatur teſtibus, aufugit. Henricus Bocerus *in tractat. de quæſtionib. cap. 3. num. 32.*

Non obſtant huic, quę ſupra ad prioris ſententiæ confirmationem ſunt adducta. Non certe primum, quia *in d. l. 54. verſ. ſin autem C. de Epiſc. & clericis. & d. l. vnic. C. de Raptor. Virgin.* non ideo raptores virginum comprehendi & pœnæ ſubiici iubentur, quia ex fuga argumentum & probatio ſumatur perpetrati facinoris, quia alioquin nihil foret opus legitimis iurique cognitis probationibus, quibus conuinceretur raptus: Verum idcirco potius, quoniam fuga, etſi neque probatio ſit legitima, neque iudicium ſufficiens ad torturam, indicium tamen ſufficiens eſt ad capturam, quo nempe fugiens comprehendatur, comprehenſus cuſtodiæ carceriq; mancipetur, qui tamen mancipatus non ex ſola fuga pro reo criminis habendus & condemnandus, ſed legitimis prius probationibus criminis, cuius ſe per fugam ſuſpectum reddit, conuincendus erit, prout verba textus claré innuunt.

Henricus Bocerus in allegato loco ad primum hoc argumentum reſpondet, vtrumque textum loqui de eo, qui reuera crimen raptus commiſerit & poſt admiſſum à ſe crimen fuga euaſerit, prout initium illius verſiculi vtraque in lege diſerte arguat: Hic autem quæſtionem de eo eſſet, qui aufugit quidem, ſed ignoratur an criminis reus ſit necne.

Neque ſibi obſtare arbitratur, quod in vtroque loco dicitur, reum comprehenſum legitimis & iuri cognitis probationibus conuincendum, conuictum demum pœna afficiendum eſſe. Ad hoc quippe reſpondendum, licet quis certo reus ſit criminis, attamen in iudicio non



Digitized by Google

niſi auditis & præſtitis prius probationibus damnari debere. *l. vltim. C. de probat.*

Ad *Nouell.* 53 *c.* 4. Reſpondet Dn. Bocerus eum locum non de omni reo loqui, qui aufugerit, ſed de eo tantum, qui negotij iudicialis differendi cauſa iudicem, primo datum repudiauit & alio poſtea accepto iudice cautionẽ iudicio ſiſti iuratoriam præſtitit & contra fidem iureiurando datam aufugit; adeoque tres ibi concurrere cauſas, quæ reum omnino ſuſpectum faciant. 1. Quod fruſtratoriè primo iudicem ſuſpectum repudiauit. 2. Quod iurato promiſit iudicio ſiſti, ſed contempta iurisiurandi religione ſui copiam iudici non fecit. 3. Quod periurus aufugit. Reſponderi inſuper & hoc poteſt, reum aufugientem hactenus ſuſpectum ex fuga reddi ſuique accuſatorem exiſtere, comprehendi manuque ipſi iniecta ad iudicem duci, non vero vt ex ſola fuga torqueri aut damnari valeat.

*Ad tertium* reſpondetur *in d. l. impuberibus.* 7. §. 2. *& ſeq.* agi de eo tutore, qui certo & reuera tutor eſt, proindeque de eo, qui non ignorat alimenta pupillo à ſe præſtanda eſſe: At vero in propoſito agitur de eo, qui quidem fugit, ſed an deliquerit necne, omnino incertum eſt.

*Quartum* conſimiliter non refragatur; vt enim recte animaduertit Bocerus, loquitur iſte textus de eo, qui poſt accuſationem inſtitutam non modo aufugit, ſed etiam ex fuga abſens de crimine commiſſo conuictus fuit: quandoquidem nemo damnatur niſi conuictus; abſens autem contumaciter poteſt probationibus conuinci & conuictus damnari. *l.* 10. *l.* 13. §. 1. *ff. de public. iudic.*

*Quinti* quoq; argumenti non eſt difficilis ſolutio: Hoc ſiquidem duntaxat probat *d. c.* 4. *extr. de præſumpt.* quod fuga aliqualem præſumptionem faciat contra fugientem, non vero quod ſemiplenam probationem faciat.

*Ad poſtremum* reſpondetur in allegato *artic.* 25. §. Erſtlich/ob der Verdacht. hoc duntaxat ſignificari, quod fuga ſuſpicione quadam criminis perpetrati oneret fugientem non autem quod crimen ſemiplene probet, aut ad torturam ſufficiens indicium faciat; id quod *ex ſeqq. artic.* 27. plus quam manifeſtum eſt.

Ex his iam conſtare puto, quod ſpecies ſemiplenæ probationis, quas referunt Interpp. reuera tales non ſint, nec ſemiplenam probationem operari ſoleant.

Equidem Author noſter quaſuis admittit, quæ vel onus vlterioris probationis in aduerſarium reiiciunt, vel ad torturam iudici indicium faciunt: At vero hac ratione præſumptiones quæuis ſemiplenam faciẽt probationem, cum tamen, ſi proprie atq; accurate loqui velimus, præſumptiones vim probandi non habeant, ſed eum potius, pro quo militant, onere probandi ſubleuant.

Indicium porro ad torturam ſufficiens quodnam ſit, iudicis æqui arbitrio relinquendum eſſe Author noſter poſt Mynſingerum ſtatuit; ita tamen vt hoc arbitrium non penitus ſit liberum, ſed ratione recta & legibus moderatum. Probant autem ſuam hanc ſententiam textu *l.* 3. §. *vltim. ff. de teſtibus.* vnde liquet quod in probationibus, quæ iudici fieri debent, plurimum tribuatur iudicantis diſcretioni ac diligentiæ; id quod etiam colligere promptum eſt ex *ead. l.* 3. §. 1. *&* 2. Eademque inſuper ſententia confirmatur *l.* 1. *ff. de iure delib.* ex qua conſtat, quod ea, quæ in iure legibusq; non ſunt definita ac determinata, arbitrio, diſcretioni ac definitioni iudicis cenſeantur eſſe relicta. Quæ autem ſint indicia ad torturam ſufficientia, in iure nuſpiam eſt definitum. Quæſt. 16. *Quodnam ſit ſufficiens indicium ad torturam?*

Quinimo egregie hanc ſententiam con-

Digitized by Google

confirmat textus *in artic.24. crim. conſtit. Caroli V.* vbi in hæc verba ſcribitur. Auß dieſen nachgeſetzten Artickeln von Argwohn vnd Anzeigung der Miſſethat ſagen/ſol in Fällen/ſo darinn nicht benennet ſind/Gleichnus genommen werden/dann nicht möglich iſt alle argwöhnliche vnd verdächtliche Fälle vnd Vmbſtände zubeſchreiben.

Parum itaque aduerſatur, quod Weſenbecius *in paratitl. de quæſt. num.5.* ſententiæ huic obiicit, quod nempe res ardua ſit magnique periculi pleniſſima, quæſtio, ideo non ſatis tutum nec conſultum, eam quando, vel qua ex cauſa decerni debeat, relinquere iudicis arbitrio: Ad hoc quippe reſpondetur: arbitrium iudicis hoc in loco non intelligi merum omnino ac plane liberum, ſed, vti & ſupra dicebatur, legibus adſtrictum & moderatum. Deinde ſi hoc leges publicæ noluiſſent iudicis arbitrio ac diſcretioni relictum ac reſeruatum, procul dubio id definiuiſſent ac determinaſſent.

## *RESOLVTIO THESIS Tertiæ.*

*Litera A.* Quæſt.17. *Cui onus probandi incumbat?*

CVi probandi onus incumbat nunc inquirendum videtur. Et prima fronte dicendum videtur ſolius Actoris eſſe probare, reum nunquam hoc onere grauari.

1. Nam primo *in §.4. Inſtit. de legat.* ait Iuſtinianus Imperator, ſemper neceſſitatem probandi incumbere ei, qui agit.

2. In *l.23. C. de probat.* Ita Impp. Dioclet. & Maxim. reſcribunt: Actor quod adſeuerat probare ſe non poſſe profitendo, reum neceſſitate mõſtrandi contrarium non adſtringit; Cum per rerum naturam factum negantis, probatio nulla ſit.

3. Et quod reus nunquam adſtringatur neceſſitate probandi, euincere videtur *l.8. eod. tit.* vbi iidem Imperatores publico & optato hoc modo reſcribunt: *Fruſtra veremini, ne ab eo, qui lite pulſatur, probatio exigatur:* Lite pulſari dicitur reus: lis ſiquidem actionem hoc loco ſignificat. *l. litis. ff. de verb. ſignif.*

4. In *l.21. ff. de probat.* ſcribit Marcianus, ſemper neceſſitatem probandi incumbere ei, qui agit.

5. In *l. ſi chirographum. 24. ff. de probat.* reus, dicens ſe ſoluiſſe & ſic affirmans aliquid, non tamen tenetur illud, quod allegat, probare, ex quo rurſus colligitur quod reo, ſiue neget, ſiue affirmet aliquid, onus & neceſſitas probandi non incumbat.

Cæterum quod non ſolum actori, ſed & reo, aliquid in iudicio aſſerenti & affirmanti incumbat onus probandi, verius eſſe videtur & diſerte probatur. *l. 1. C. de probat.* Quo in loco Impp. Seuerus & Antoninus hæc in verba reſcribunt: *Vt creditor, qui pecuniam petit numeratam implere intentionem cogitur; ita rurſum debitor, qui ſolutam affirmat eius rei probationem præſtare debet.*

2. Idemque probat Vlp. *in l.19. ff. eod. tit.* In exceptionibus, inquiens, dicẽdum eſt, reum partibus actoris fungi oportere ipſumque exceptionem, veluti intentionem implere; vt puta, ſi pacti cõuenti exceptione vtatur, docere debet pactum conuentum factum eſſe.

3. Atq; huc pertinet regula iſta iuris, quod affirmanti incumbat probatio. *l 2. ff. de probat.* Proinde ſi aliquid reus excipiendo affirmarit, idem vero actor negarit, probatio incumbet non actori, ſed reo. *arg. l.10. C. de non num. pecun.*

Huic ſententiæ non magnopere reſiſtunt, quæ pro contraria opinione ſupra allata fuerunt.

Nam ad §.4. *Inſt. de legat.* duplex eſt reſponſio: Nam etſi ibi dicatur, quod actori ſemper incumbat probatio, non tamen

tamen exinde ſequitur quod ſoli actori, & non etiam reo neceſſitas iſta probandi imponatur: vtriq; ſiquidem & reo & actori, modo aliquid affirmando intendat, neceſſitatem probandi iure imponi, ex modo adductis iuris teſtimoniis admodum perſpicuis, præſertim vero *l.1. C. de probat.* euidētiſſime demonſtratur. Deinceps verum etiam eſt, quod ſoli actori probandi onus incumbat; Veruntamen reus excipiendo fit actor, vt mox oſtendetur.

*Ad ſecundum* fundamentum, ex *l.23.C. de probat.* petitum, reſpondeo in ea *l.23.* quod dicitur à reo probationem nō exigi, ſic intelligendum eſt, non exigi ab eo, quatenus reus eſt: Nam ſi actor eſſe cœperit, incipit pertinere ad regulam iuris, actori incumbere probationem, deſinitque eſſe reus: Tunc autem reus eſt, cum intentionem aduerſarij negat; & tunc incipit eſſe actor & lite pulſare aduerſarium, cum de intentione actoris confeſſus, illi obiicit aliquid ad ſuam defenſionem, quod aduerſarius item negat. Donell. *ad l.8.C. de probat.* cum ſuo conuenire videtur, quod Sichardus reſpondet: Actorem teneri regulariter & nō reum ad probandum, quando ſc. reus negat aut dubitat de petitione actoris, quia negantis factum probatio nō eſt. Cum autem reus aliquid in ſua exceptione ponit & affirmat atq; in eo ſe fundat, tum tenetur etiam illud fundamentum probare. Cuius ratio hæc eſt, quia reus excipiēdo fit actor *l.1.ff. de except. l.19.ff. de probat.*

*Ad tertium* reſpondeo à reo, eoq;, qui lite pulſatur, quatenus reus eſt & quatenus lite pulſatur, probationem non exigi: reus eſt, vt modo fuit oſtenſum, quatenus pure negat actoris intentionem: Actor vero quatenus excipit, & excipiendo aliquid intendit ſiue affirmat *l. 19. ff. de probat.*

Ad *l.21.ff. de probat.* eadē eſt reſponſio, quæ ſupra *ad §.4. Inſt. de legat.* data fuit.

*Ad quartum* & poſtremum reſpondetur, *in d.24.* præſumptio cancellati inſtrumenti hoc operari, vt transferat onus probandi à reo in actorem; eamq; virtutem eſſe præſumptionum, vt transferāt onus probandi in aduerſarium. Sichard. *ad d.l.1.nu.1.C. de probat.*

Cæterum quod dictum eſt, vnumquemq; teneri ſuam intentionem in iudicio probare, id hactenus verū eſt, quatenus pro ipſo non militat aliqua præſumptio; huius ſiquidē hæc vis eſt vt onus probandi in aduerſarium transferat *l. cum deinde. 25. verſic. ſi vero. ff. de probat.* & huius exempla in iure referuntur penè innumera; Eodemque pertinet illud quod *in l. 14. Cod. de probat.* traditur non eum, qui dicit filium ſe eſſe Titij, ſed Titium, qui negat illum ſuum eſſe filium probare oportere, ſi eum vt filium prius tractauerit. Ex eo ſiquidem quod perdiu pro filio habitus, tractatus atque obſeruatus fuiſſet, præſumitur pro eo, quod filius ſit, quæ præſumptio in alterum, qui negat eum filium eſſe ſuū, probandi onus transfert. Neq; hic obſtat, quod negationis per rerum naturam nō ſit probatio; quia illa aſſertio, quod filius nō ſit, vi ipſa affirmatio eſt: Nam qui ſuum eſſe filium negat, alterum ipſius parentem eſſe affirmat *arg. l.6.ff. de his, qui ſui v. l alieni iuris.*

Porro vtrum ex poſſeſſione præſumatur dominium, hoc eſt, vtrum hoc ipſo, quod quis rem aliquam poſſidet, præſumatur eius rei dominus, quæſtionis admodum dubiæ eſt. Quæſt. 18. *An ex poſſeſſione præſumatur dominium?*

Pro negatiua ſentētia, cui patrocinantur Hugo Donell. *ad l.2.C. de probat.* Ioan. Coraſ. *ad l.12. §.1. ff. de acquir. poſſ.* hæc facere videntur argumenta.

1. Si poſſeſſio nihil commune habet cum proprietate, ſiue dominio, ſequitur quod ex poſſeſſione dominium nō præſumatur; ſiquidē id, quod præſumitur, neceſſario aliquam cognationē & conuenien-



Digitized by Google

uenientiam cum eo habere debet, ex quo præſumitur. Atqui verum eſt prius ex *l. 12. §. 1. ff. de acquir. poſſ.* ſequitur proinde poſterius.

2. Accedit quod varii ſunt modi acquirendi dominium, recenſiti *in tit. I. de Rerum diuiſ. & tit. Digeſt. de acquir. rer. dom.* hic tamen modus acquirendi dominium ex poſſeſſione, illis ibidem non accenſeatur.

3. Reus abſolutus, inquit Donellus, non poteſt ex ſententia, qua à rei vindicatione actoris abſoluitur, plus accipere quam ſententia in eum confert. Iam vero iſta ſententia iudex nihil amplius pronunciat, quam rem petitoris non eſſe, non vero pronunciat rem eſſe poſſeſſoris, quia proponitur is poſſeſſor qui nihil probauit; quare poſſeſſor ex ea ſententia dominus conſtitui nullo modo poteſt.

4. Eandem porro vim habet iuſiurandum in litibus dirimendis, quam habet res iudicata *l. 26. in fine ff. de iureiur.* At ſi poſſeſſor, deferente petitore, iurauerit, rem non eſſe petitoris, non autem ſuam eſſe, nulla actio de dominio poſſeſſori acquiritur, neque aduerſus extraneos, neq; etiam aduerſus eum ipſum, qui iuſiurandum dederit: Et ideo ſi poſſeſſor poſtea amiſerit poſſeſſionem, quæ peruenerit ad eum, qui iuſiurandum prius detulerit, is qui iurauit, nullam actionem aduerſus eum habebit ex cauſa iuriſiurandi *l. ſed et ſi poſſeſſori. §. reſponſo. ff. de iureiur.* Idem igitur dicendum, ſi iudex pronunciauerit rem non eſſe petitoris, non autem poſſeſſoris. Ex quo apparere, ait Donellus, non tantum poſſeſſorem hac ſententia dominum non conſtitui, ſed ne præſumptionem quidem ei acquiri vt exiſtimetur eſſe dominus; alioquin actionem habiturum aduerſus actorem ſuum, ſi quandoq; ea res ad eum perueniſſet.

5. Inſuper quod poſſeſſor non præſumatur eſſe dominus, exinde quoque relucere videtur, quod ab ipſo requiritur, vt contra vindicet, ſeque dominum rei poſſeſſæ probet. *§. 1. I. de act.* At hæc probatio dominii non ſolum non neceſſaria, ſed etiam plane ſuperuacanea foret, ſi poſſeſſore dominii præſumptio militaret, quæ ipſum onere & neceſſitate probandi ſubleuaret eamque in aduerſarium, ſiue petitorem transferret.

6. Et quod deniq; poſſeſſor non præſumatur dominus, ſed probare debeat titulum poſſeſſionis dominiumq; euincere videtur textus *in l. Ciuile 5. C. de furt.* vbi petitor dicitur ciuiliter facere, cum à poſſeſſore poſtulat, vt ſuum auctorem exhibeat. At hoc nec ciuiliter, nec iure poſtularet, ſi dominii præſumptio ipſum tueretur *arg. d. l. 5. ff. de probat.*

Verum enim vero contraria ſententia, quam defendit Sichardus ad *d. l. 2.* ad veritatem propius accedere videtur.

1. Etenim quod ex poſſeſſione dominium præſumatur, probat dilucide *l. ſicuti. §. ſed et ſi quæratur. ff. ſi ſeruit. vindic.* Nam ibi quærebatur in vindicanda ſeruitute vter petitoris, & vter poſſeſſoris partes ſuſtinere deberet? Et reſpondet Vlpian. poſſeſſoris partes eum ſuſtinere, qui ſeruitutem ſibi deberi ait, quique tigna immiſerit; adeoque pro illo quoq; præſumi quod ſit dominus, vel quaſi

2. Accedit deinde ad huius confirmationem & hoc, quod dominium ex naturali poſſeſſione cœpiſſe dicitur *l. 1. §. 1. ff. de acquir. poſſ.* item quod ex poſſeſſione dominium acquiri perhibetur. *§. fin. I. per quas perſon. nob. acquir.*

3. Inſuper regula iuris eſt certiſſima quod ad poſitionem antecedentis ponitur etiam conſequens *arg. l. 2. ff. de iuriſd.* Atqui poſſeſſio eſt antecedens, dominium vero eſt conſequens, quia à dominio poſſeſſio cœpit *d. l. 1. §. 1. de acquir. poſſeſſ.* Igitur poſita poſſeſſione, præſumitur,



Digitized by Google

tur, tanquã conſequẽs quoddã dominiũ.

4. Deniq; ſententia noſtra valde perſpicuè probatur *l.2.C.de probat.* vbi Impp. *Poſſeſſiones*, inquiunt, *quas ad te pertinere dicis, more iudiciorum perſequere: Non enim poſſeſſori incumbit neceſſitas probandi eas ad ſe pertinere: Cum te in probatione ceſſante dominium apud eum remaneat.* Idem aſſeritur in *§.Retinendæ 4. I.de interd.* vbi dicitur, *commodum poſſidendi in eo eſſe, quod etſi eius res non ſit, qui poſſidet, ſi modo actor non potuerit ſuam eſſe probare, remaneat in ſuo loco poſſeſſio.*

Quod ſi itaq; remanet dominium apud poſſeſſorem, petitore in probatione dominii deficiente; ſequitur exinde infallibiliter quod poſſeſſor aut vere, aut præſumptiuè dominium habeat.

Equidem Hugo Donellus argumentum hoc dilucidiſſimum hoc modo eludere conatur vt dicat, non dici in locis adductis dominium apud poſſeſſorem eſſe, ſed dominium apud poſſeſſorem remanere. *Remanendi* verbũ vi ſua ſignificare, id remanere apud poſſeſſorem quod prius apud eum fuerit. Ergo remanere dominium ſub conditione ſi prius apud eum fuit; remanere poſſeſſionem, ſi prius poſſeſſio apud ipſum fuerit.

Veruntamen hæc mera cauillatio eſt; non enim in adducta *l. 2.* dicitur, dominiũ apud poſſeſſorem manere, ſi prius apud ipſum fuerit, nec enim huiuſmodi conditio eo in loco expreſſa deprehenditur; ſed abſolute dicitur dominium apud poſſeſſorem manere, ex quo neceſſario & infallibiliter concluditur quod dominium etiam prius, ſi non verè, præſumptiuè tamen, poſſidentis fuerit: Nihil ſiquidẽ remanere apud aliquem dicitur, niſi quod prius apud illum fuerit.

Huic ſententiæ longe veriſſimæ nihil quicquam refragantur, quæ pro priori ſententia in medium fuerunt adducta.

Quod enim ad primum argumentum attinet, ſciendum eſt, id, quod *in l. 12. §. 1. ff. de acquir. poſſ.* dicitur, poſſeſſionem nihil habere commune cum proprietate, accipiendum eſſe ratione formæ & ſubſtantialium, quoad quæ nihil commune habet proprietas cũ poſſeſſione; Non autem ratione effectus & adiunctorum, in quibus conuenire vtiq; poſſunt. Et quanquam poſſeſſio & dominium plane ſint diſparata atq; diuerſa, ex eo tamen nõ firmiter inferetur quod vnum ex altero præſumi nequeat, cum ad hoc ſufficiat vt conſequentię habeant communionẽ, quæ inter diuerſa etiam & diſparata conſiſtit. Ioan. Coraſ. *d. loco.*

*Ad ſecundum* reſpondeo: Quanquam *in tit. I. de Rer. diuiſ.* poſſeſſio inter modos acquir. domin. non recenſeatur, ad præſens tamen negotium ſufficere, quod ex poſſeſſione dominium cœperit *d. l. 1. §. 1. ff. de acquir. poſſ.* Nã ex hoc prę ſumptio dominii naſcitur. Reſpondet deinceps ad hoc argumentum Sichardus, ex poſſeſſione præſumi dominiũ non quidem præſumptione iuris, ſed præſumptione hominis, quia pleriq; cũ nos vident poſſidere, eo ipſo putant nos eſſe dominos.

*Ad Tertium* reſpondetur, quanquam iudex, à rei vindicatione abſoluens poſſeſſorem, aperte ac verbis expreſſis non pronunciet rem petitam eſſe poſſidentis ad eiuſdemq; dominium ſpectare; Hoc tamen ipſo, quod à petitione & vindicatione inſtituta poſſeſſor abſoluitur, præſumitur eſſe dominus per text. *in d. l. 2. C. de probat.* Deinde ex ſententia iudicis non demum acquirit dominium poſſeſſori, ſed, quod ex poſſeſſione præſumebatur prius habere, id inſecuta ſententia abſolutoria penes ipſum manere *d. l. 2.* & ei relinqui dicitur *d. §. Retinendæ.*

*Ad quartum* quoq; expedita eſt reſponſio: Quod enim dictum & defenſum hactenus eſt, ex poſſeſſione præſumi dominium, id non procedit quando dominium deducitur non incidenter & per modum exceptionis, ſed principaliter &

per

per modũ actionis in iudicium, vt ſi rei vindicatione agens petat ſibi rem reſtitui, quia ſit domin⁹ illius rei: Tunc enim ex poſſeſſione nõ præſumitur dominiũ, etſi petitor verus ſit, & ciuilis poſſeſſor: Reus vero conuentus duntaxat nudus ſit detentor. Deinde notandum & illud eſt, præſumptionem iſtam, qua ex poſſeſſione dominium præſumitur, locum habere quando non de præterita & amiſſa, ſed de præſenti quæritur poſſeſſione: Ex præterita quippe poſſeſſione nõ præſumitur nunc domin⁹ eſſe, qui aliquãdo poſſeſſor fuit, de præſenti quippe & nõ de præterito poſſeſſio præſumitur.

*Quintum* præterea argumentũ non admodũ magni eſt ponderis: Nã quod ait Iuſtin. *in* §. 1. *I. de act.* in rei vindicatione poſſeſſorem contrà ſe dominũ eſſe dicere, & rem iure dominii ad ſe ſpectare aſſerere, id non ita intelligendũ eſſe, quaſi neceſſarium ſit vt poſſeſſor ſe dominũ eſſe dicat rei poſſeſſæ, ſed quod honeſtũ ſit, quia alias videri poſſet reus, actore in probatione deficiente, contra fas & æquum rem alienam poſſidere: Nam etſi actori probatio defecerit, ius tamen ipſi propterea defeciſſe dici non poteſt, vt igitur ab hac ſuſpicione reus ſe liberet ac purget, admodum conſultum eſt vt contra vindicet ſeque eius rei dominum aſſerat; Adeoque quod *in d.* §. 1. dicitur id conſilii magis eſt, quam neceſſitatis: Id quod maxime confirmat ſententia & regula iuris non vno in loco ab Imperatore Iuſtiniano inculcata, quod nimirum, actore non probante, rem quam petiit eſſe ſuam reus, quamuis nihil quicquam præſtiterit, abſolui, & in poſſeſſione relinqui debeat *l. qui accuſare. C. de edendo l. fin. Cod. de Rei vindicat.* §. *Retinendæ l. de interdict.*

*Ad Sextum & vltimum* reſpondetur à Sichardo in adducta *l. Ciuile C. de furt.* nõ præciſe cogi poſſeſſorem rei furtiuæ dicere vnde rem iſtam habeat; ſed ſolum ex *vrbanitate*, hoc eſt, eſſe quidem ciuile & vtile purgare ſuſpicionem, non tamen eſſe neceſſarium, vel teneri quidem poſſeſſorem rei furtiuæ dicere vnde rẽ furtiuam habeat, ſed illam coactionem non fieri ab actore, ſed iudicis officio, vt ſciatur fur & purgetur prouincia malis hominibus *l congruit. ff. de offic. præſid.*

Et in eandẽ ſententiã reſpondet quoq; Fr. Hotomann. in *comm ad d. l. 2. C. de probat. in l. Ciuile.* agi ſpecialiter de vindicatione rei furtiuæ nõ quaſi à quouis poſſeſſore, ſed quaſi ab ipſo fure. Nã cũ eius rei dominus ſuũ dominiũ probaſſet & inſuper furti, à poſſeſſore admiſſi, argumẽtũ aliquod ac ſuſpicionem inieciſſet, poſtulabat à poſſeſſore vt ſuũ auctorem nominaret, ſi ſuſpicionẽ illã vitare vellet: Alter dicebat ſe à prætereũte & ignoto emiſſe, Imperator reſpõdit, opus eſſe illũ ſuũ auctorem exhibere, nõ ad cauſam rei vindicationis (iam enim actor ſuas partes tranſegerat) ſed ad euitandam furti ſuſpicionem; ex quo liquet, quod in ſpecie iſtius legis poſſeſſor dicere debuerit titulũ ſuæ poſſeſſionis ad ſuum propriũ commodum, ne tanquam fur contemnetur.

Cæterum quod hactenus dictum eſt, ex poſſeſſione præſumi dominium, hoc vtrum de poſſeſſione duntaxat iuſta, an vero de iniuſta etiam accipi debeat? pro affirmatiua pugnant Donellus, Gilckenius, Hotomannus, Iulius Pacius ad *l. 15. C. de probat.* quorũ hæc ſunt fundamẽta. Quæſt. 19. *An ex iniuſta etiam poſſeßione præſumatur dominium?*

1. In *l. fin. C. de rei vindicat.* Impp. Dioclet. & Maxim. hoc modo reſcribũt: *Res alienas poßidẽs, licet iuſtã tenẽdi cauſam nullã habeat, nõ niſi ſuã intentionẽ implenti reſtituere cogitur.* Ecce hic Imperator. clare ſanciũt, poſſeſſorẽ à quo res vindicatur quãuis nullã iuſtã cauſam poſſidenti habeat, tamẽ rẽ à ſe petitã reſtituere non debere, niſi actor ſuã intentionẽ impleuerit, hoc eſt dominiũ eius rei probauerit. Vnde liquet, quod iniuſta quoq; poſſeſſio onus

 proban-

Digitized by Google

probandi transferat in actorem, eoque onere poſſeſſorem releuet, ſic, vt actore in probatione deficiente, res poſſeſſori iniuſto relinquatur.

2. Addit Baldus hanc quoque rationem quod iudex non poſſit petitorem declarare dominum, nec ſuper dominio pronunciare, niſi probationes dominii præceſſerint: Quandoquidem plane non ſequitur, *poſſeſſor iniuſtus non eſt dominus: Igitur petitor eſt dominus*; cum fieri poſſit vt neuter illorum, ſed tertius aliquis ſit dominus: pari modo non recte concluditur: poſſeſſor iniuſte & per vim poſſidet; igitur alter, qui rem ita poſſeſſam vindicat eſt dominus: quandoquidem ſeparata eſt cauſa delicti à dominio *l. ſi maritus. C. de donat. inter vir. & vxor.*

3. Huc etiam facit quod generaliter & indiſtincte traditur, actore non probante, reum abſolui & in poſſeſſione relinqui, etſi nihil quicquam præſtiterit, nec rem ſuam eſſe probauerit: Quocirca, etſi res ipſius non ſit, ſed iniuſte eam poſſideat, ipſi relinquitur, petitore in probatione dominii deficiente.

Verum enim verò contrariæ ſententiæ, quod videlicet iniuſta poſſeſſio probationis onus in petitorem non deriuet, ſed hoc onus poſſeſſori imponat, patrocinantur Sichardus *in d. l. 15.* & Gothofr. *in not. ad l. 20. C. de probat.* quibus calculum ſuum adiicit & noſter Treutlerus. Confirmant autem iſtam opinionem hæc ſequentia iuris fundamenta.

1. *In l. 15. C. de probat.* is, qui ſe liberum dicit, cum poſſideretur ab aliquo, à poſſeſſore aufugerat & ita dolo malo ſe pro libero geſſerat, quamuis in poſſeſſione libertatis eſſet, non tamen ipſi hæc poſſeſſio proderit vt commodo poſſeſſoris fruatur, ſed docebit ſe liberũ eſſe quamuis ab aduerſario in ſeruitutem petatur.

2. Probatur eadem opinio *l. 20 D de probat.*

3. Confirmatur *l. ſi quis emptionis, §. ſuper illis C. de præſcript. 30. annorum.* ex qua probari videtur quod petitor præſumatur dominus odio expulſoris, & iniuſti poſſeſſoris, quæ præſumptio onus probandi transferat in poſſeſſorem.

Ego, vt ingenuè dicam, quod ſentio, priorem opinionem multo veriorem eſſe iudico, maxime propter textum apertum *in d. l. fin C. de Rei vindicat.* Nec videntur, quæ modo in contrarium ſunt adducta, ei magnopere aduerſari.

Nam ad *d. l. 15. C. de probat.* reſpondet Baldus, eam loqui de vi circa ſtatum perſonę illata: Talẽ vero ſtatũ pręſumi qualis fuerit prius, ſecus vero rem ſeſe habere, quando non de ſtatu perſonarum, ſed de ſimplici dominio aliarũ rerũ tractatur.

Hugo Donellus diſtinguit, vt ſi poſſeſſor rei vindicatione conueniatur, quia etiam confeſſione ipſius petitoris pro poſſeſſore habeatur, quamuis iniuſte poſſideat, nihilo tamen minus onere probandi ſubleuetur illudque aduerſario imponatur. Sin vero vterque litigatorum ſe poſſeſſorem eſſe contendat, atque commodo poſſidendi vti nitatur, tum pro poſſeſſore eum nõ habendum, qui iniuſte poſſidet; Hoc autem contingere in caſu *d. l. 15.* & interdicto vti poſſidetis, ait Donellus.

Ad *l. 20. C. de probat.* reſponſio non eſt difficilis: Nam ibi probatio incumbit Eutichiæ quæ in libertatem proclamabat & actricis partibus fungebatur, quia dolo malo erat in poſſeſſione libertatis, quoniam inſtrumentum emptionis ſuæ doloſe ſubtraxerat: Qui autẽ dolo malo in libertatis poſſeſſione eſt, pro ſeruo habetur *l. 21. C. de liberali cauſa.* Quocirca Phronimæ hoc ſolum incumbit vt probet inſtrumentum ab ancilla Eutichiæ in libertatẽ proclamante eſſe ſubtractum, quo probato, in Eutichiam onus libertatis probandæ transfertur *l. 7. §. vult. ff. de lib. cauſ. l. 21. C eod. tit.* Hotomann. *in d. l. 20. C. de probat.*

Donellus

Digitized by Google

Donellus ait, tenorem reſcribi illius in *d.l.21.* hunc eſſe : Si Eutichia eſt in poſſeſſione ſeruitutis & ex ea poſſeſſione in libertatem proclamat, pro petitrice habenda eſt, & quoniam petitori probandi onus incumbit, ideo ipſa docere debebit ſe liberã eſſe. Quod ſi vero Eutichia eſt in poſſeſſione libertatis & ex hac poſſeſſione in ſeruitutẽ à domina petitur, domina petitrix eſt proindeq; & ſe dominam eſſe probare debebit; vnde perſpicue liquet, quod in *d. l. 21.* nunquam poſſeſſori, ſed ſemper petitori onus probandi imponatur.

Ad *d.l.ſi quis emptionis. §. ſed hoc ſuper.* quæ tertio loco adferebatur reſpondetur à Baldo, textum iſtum loqui de expulſo, qui habuerit temporis præſcriptionem & prærogatiuam, quia diu antea poſſederat; & ideo ex coniunctione duarum præſumptionum, antiquæ videlicet poſſeſſionis & volente reſultare vnam præſumptionem ſufficientem.

Poſtremo minus aduerſatur *l. Siue poſſidetis 16.C.de probat.* vbi aſſeritur, poſſidentibus fratribus emancipatis probationem incumbere : Recte ſiquidem poſt Donellum & Obrechtum reſpondet noſter Author; hoc in loco nõ principalis intentionis, ſed exceptionis duntaxat probationem poſſeſſoribus imponi : Etenim ſui heredes confeſſione emancipatorũ probabant prædia aliquando fuiſſe patris ſui, cui conſequens erat, ea patris quoq; perpetuo fuiſſe; Non quidem præſumptione iuris, ſed neceſſitate iuris manifeſta, quia quod noſtrũ eſt, id perpetuo noſtrum maneat, donec facto noſtro alienauerimus aut amiſerimus *l.11.ff.de Reg.Iur.* porro, ſi prædia iſta patris manſerunt, ſequitur ea ad fratres, ſuos heredes, ſpectare non præſumptione aliqua, ſed neceſſitate iuris *arg.l. heres in omne ff.de acquir.hered.* Niſi fortaſſis dicant fratres emancipati prædia ſibi fuiſſe donata : At hoc, cum dicunt, debẽt probare. Tum quia affirmanti incumbit probatio: Tum quia excipiunt : Concedunt enim fratres emancipati bona fuiſſe patris, ſed ea ſibi donata aiunt.

Iohannes Sichardus ad *d.l.16.C.de probat.* reſpondet regulam eſſe quod actori incumbat onus probandi & non reo, verum hanc regulam veram eſſe, niſi quando ex parte actoris eſt aliqua præſumptio legis : Tum enim iſtam præſumptionem haberi pro fundata intentione actoris, donec aduerſarius contrarium probet: Hic autem ſuos heredes, qui & actores ſunt, fundatas eſſe præſumptiones, cum textus dicat; qui aliquando fuit dominus ille præſumitur manere dominus, niſi contrarium probetur, & idcirco deuolui hoc caſu probationẽ ad reũ.

Cæterum Franc. Hotoman. ad eand. *l.16.* hanc ſententiam plane improbat; quandoquidem in ea *l.16.* in fratres emãcipatos & poſſeſſores prædiorum probationis onus non ideo transfertur quia pro actore præſumitur : Cum actor intentionem ſuam probaſſe proponatur, ſed quia poſtquam actor ſuas partes transegit, reus, qui pro ſua quoque parte aliquid intendit, ſuas etiam partes transigere compellatur *l.19.ff.de probat.*

## *Resolutio Theſis Quarta.*

Affirmanti incumbere probationẽ & non neganti traditur in *l.23.Codic.de probat.& leg.10. Codic.de non numerat. pecun.* Verum hæc regula ſic limitatur vt primo fallat quando pro affirmante præſumptio aliqua militat, quæ probationis onus in reum negantem transferat Sichard.ad *leg.16. num.2. Codic. de probat.* Secundo fallit ſuperior regula, quando negatiua certis qualitatibus ac circumſtantiis limitata & circumſcripta eſt: tunc enim commode probari po- *Ad Lit. A. B. & C.*



Digitized by Google

teſt, vt ſi negetur aliquid factum non eſſe certo loco aut tempore: Tunc enim ſi probetur, eum qui factum negat, eo tempore, quo factum dicitur commiſſum, alibi fuiſſe; negatiuam ſuam intentionem probaſſe intelligitur. Tertio negatiua probari poteſt quando implicitam habet affirmationem & in affirmatiuam probationem commode reſolui poteſt *l. 5. Digeſt. de probat.* Quarto Negatiua iuris probari valet, quoniam ius finitum & certis limitibus circumſcriptum definitum ac determinatum eſt, ac proinde difficile non erit probare aliquid rite atque legitime factum non eſſe. Veruntamen, ſi accurate & proprie loqui velimus, negatiua directo nunquam probatur, ſed affirmatiua duntaxat, per indirectum ſaltem negatiua probari poteſt, ſi nempe prius aliquid ponatur illudque probetur, quo probato in conſequentiam illud etiam quod negatur probatum & demonſtratum cenſeatur: Vt ſi negetur teſtamentum rite ac legitime eſſe confectum, hoc aliter probari non poteſt quam ſi prius aliquid affirmetur, veluti non ſeptem, ſed pauciores adhibitos eſſe teſtes aut aliam aliquam defeciſſe ſolennitatem teſtamentariam: hoc quippe probato, in conſequentiam & iſtud, quod prius intendebatur ac negabatur, probatũ intelligitur. Sed de probatione negatiuæ ſupra ſatis prolixe actum fuit ſub *Theſi prima Lit. B.*

Quæſt. 20 *Quare in l. 1. §. 3. ff. de magiſtr. conuen. & l. 11. ff. de probat. onus probandi imponatur magiſtratui?*

Hinc porro mirum in modum diſceptatur, ecquænam ſit ratio quod, prout in *l. 11. ff. de probat. & l. 1. §. 13. ff. de magiſtrat. conueniend.* ſcribitur, pupillus neceſſum non habeat probare fideiuſſores, quibus tutor cauit, eo tempore quo accipiebantur, idoneos non fuiſſe; in ratione ſiquidem huius mire Dd. variant.

Primo enim Treutlerus huius rationem depromit ex regula *l. 2. ff. de probat.* qua dicitur, ei incumbere probationem qui dicit, non qui negat: iam vero in præſenti caſu magiſtratus affirmat fideiuſſores pro tutoribus acceptos idoneos fuiſſe; pupillus vero negat; proinde iuxta iſtam regulam, non pupillo, ſed magiſtratui probatio incumbet.

Sed hæc ratio vix ſuſtineri poteſt quia fideiuſſores tutorum tempore ſatiſdationis idoneos non fuiſſe, reuera non eſt negatiua, ſed affirmatiua propoſitio, quæ implicitam habet affirmationem, inque eam commodiſſime poteſt reſolui, *fideiuſſor paupertate laborauit, fuit egenus*; Et conſequenter quia præfata propoſitio verbis duntaxat negatiua eſt re ipſa vero & in effectu affirmatiua, ſua natura probari valet, & ideo ſuperior ratio plane non facit vt pupilli probandi onere ſubleuari debeant.

Quocirca Iohannes Sichardus *ad l. 5. C. de probat.* ibidemque Bart. Baldus, Caſtrenſ. Salycet & Petr. Gilckenius iſtam rationem adducunt, quod cum fideiuſſores eo tempore, quo fideiuſſorio nomine conueniendi ſunt, non idonei deprehenduntur, præſumantur quoque præterito, eoque tempore, quo dati fuerunt non idonei fuiſſe; ſiquidem ex præſenti præſumatur in præteritum, ita vt qui iam eſt pauper præſumatur & olim pauper fuiſſe *l. ſi hi qui C. ad l. Iul. Maieſtat.* indeque Angelus ac vulgo Dd. pro regula tradunt quod qui ſe fundat in diuitiis, vel paupertate, probare debeat diuitias vel paupertatem *l. paupertas. ff. de excuſat. tutor.*

Verum & hanc ſententiam refellit Donellus in *tractatu de probat. c. 4. & ad d. l. 5. C. de probat.* idque ſequentibus fundamentis.

1. Quia omnis præſumptio ex his deſumi debet, quæ communiter & vt plurimum fieri ſolent *l. 9. in fine ff. de probat.* Atqui experientia communi docemur, eum, qui ante diues fuit vt plurimũ poſtea pauperem fieri & facultatibus ex-

cidere propter varios caſus bellorũ, incendiorum naufragiorum & propter perfidiam eorum, qui nobis debent.

2. Inſuper apud emptorem ſeruus venditus fugit. Emptor redhibere vult ſeruum, tanquam legitimum, quod iure facere poteſt ex *adilit. edict.* ſi ſeruus ante emptionem fugitiuus fuerit *l.1.ff.de adilit.edict.* placet ſi emptor intendat eum antea fuiſſe fugitiuum, id probare debere emptorem, neque ſatis eſſe quod ſeruus poſtea fugerit *l.4.ff.eod.* Ergo, ex eo, quod poſt emptionem fugit, non præſumitur in præteritum, eum quoque antea fugiſſe.

3. Qui dicit ſe rem vſucepiſſe & per longum tempus poſſediſſe, debet probare totius illius temporis poſſeſſionem *l.11.C.de long.temp.præſcr.* Ergo ex eo, quod actor vna die poſſedit, non præſumitur in præteritum etiam poſſediſſe, alioquin ſufficeret vnius diei poſſeſſionem probare.

Quapropter Donellus, reiecta vulgari iſta Dd. ratione, ideo ait in propoſita ſpecie onus probandi imponi magiſtratibus & non pupillis, quia conueniuntur magiſtratus de adminiſtrationis officio: ii rationem adminiſtrati officii reddere cogantur quorum officii fuit prouidere vt idonee caueretur, quæ ratio à Celſo ICto aſſignatur in *l. 11. Digeſt. de probat.* Hæc autem ratio hanc rurſus habet rationem, quod omnium rationũ commune eſt, vt qui alienum negotium geſſit, is finito officio reddere debeat adminiſtrationis ſuæ rationem *l.2 ff.de Neg. geſt.* Ratio autem in propoſito, à magiſtratu reddi aliter non poteſt, quam ſi doceat ſe pro officio idoneos tutores & fideiuſſores dediſſe.

Franciſcus Hotomannus in *d. l. 3. C. de probat.* iſtam rationem adducit, quod in ſpecie noſtra pupillus agat aduerſus magiſtratus, eo quod non ſint idonei fideiuſſores pro pupillis dati: Magiſtratus vero excipiat, quamuis nunc idonei non ſint, eos tamen idoneos fuiſſe cum darentur; Hanc igitur exceptionem à magiſtratu eſſe probandã, cũ reus excipiendo fiat actor ſuamque intentionem non minus atque actor, probare debeat *l.19.ff de probat.*

## Resolvtio Thesis *Quintæ.*

Materia probationum ſunt iuris & facti quæſtiones, quæ in iudicio mouẽtur ac diſceptãtur *l.4.& 5.ff.de probat.l.16.C eod.tit.* de quo ſupra prolixius ſub theſi *1. lit. B. huius diſputat.* diſſerui. Commode vero monet hic noſter Author, ea duntaxat probanda eſſe, quæ ad caput controuerſiæ cauſæque deciſionẽ ſpectãt & pertinentia dicuntur, id quod perſpicue probant *l.10.l.17.l.21. 22. Codic. de probat.l.9. Codic.de rei vindicat. Authent. in iſto iuramento Codic. de iureiur. propt. calum.cap.quia veriſimile de præſumpt.cap.cum contingat.de offic. delegati.* Impertinentes igitur articuli ad probandum admitti non debent: Tum quia inutiles ſunt actori, nec probanti quicquam ſunt profuturi: Tum quia ad protrahendam litem faciunt: Dicitur autem poſitio ſiue articulus impertinens, quando neq; directo, neque per indirectum, nulloque modo cauſæ adminiculatur. Pertinẽs vero quãdo non ſolũ directe & principaliter facit ad cauſam ſed etiam qualitercunq; adminiculatur cauſæ principali etiam leui præſumptione Andr. Gailius *lib.1.obſeruat.81.n.4.* Quocirca ſi euidẽter manifeſteq; appareat, articulos plane eſſe impertinẽtes & irreleuãtes, tũc iudex nõ debet illos, ne cũ clauſul aquidẽ; *Saluo iure impertinentium & non admittendorum,* ad probandũ admittere: Nihil quippe ad probandum admittendum, quod probatum non releuat. *leg. ad probationem Codice de probat.* Et poteſt huius iſta quoque dari ratio quod Lit. A. & B.

quod in illis finis probationis deficiat; probatio enim ideo in iudicio requiritur, vt per eam fides fiat iudici de intentione probantis eiuſdemque cauſa & intentio proba ei reddatur: Iam vero probatione eorum, quæ plane ſunt impertinentia nulloq; modo ad intentionem & cauſam pertinent, iudici non poteſt fides de probantis intentione fieri, nec cauſa proba reddi. Non igitur impertinentium vlla erit probatio.

Quod vſque adeo verum eſſe ſupra allegata *Authent. in iſto* probat, vt ne volens quidem admittatur ad probationem impertinentium, Idque ideo quia impertinentia non admitti non tam ad ipſius, quam ad aduerſarii Reique publ. commodum & fauorem ſpectat, ne videlicet lites calumnioſe ac malitioſe protrahantur, quas quam citiſſime ſopiri & exitum ſortiri, publice ac priuatim intereſt *leg. properandum C. de iudic. & arg. l. 1. & tot. tit. Cod. de iureiur. propt. calum.*

Ex hac ratione colligere promptum eſt grauiſſime hodie peccari dum clauſula iſta vulgatiſſima ſaluo iure impertinentium & non admittendorum adiecta & libello inſerta, articuli quiuis indiſtincte tam impertinentes atque irreleuantes quam pertinentes in foro admittuntur ita vt actori probandi ſint, cum tamen eos ex officio inducere deberet iudex Iohann. Sichard. ad *leg. 10. num. 8. Codic. de probat.* Ga l. *d. obſeruat. 81. num. 2. & 3.* Interim tamen clauſula iſta *ſaluo iure impertinentium &c.* effectu ſuo non deſtituitur, ſed duplicem habere effectum cenſetur. 1. Vt articulus impertinens pro non admiſſo habeatur & probationes deſuper factæ nullius ſint momenti. 2. Vt reſponſio ad articulum impertinentem pro non data habeatur. Gailius *dict. obſeruat. 81. num. 12.*

## *RESOLVTIO THESIS Sextæ.*

PRobationem iudicialem, proprie ita dictam, ſolum poſt litem conteſtatã fieri poſſe & debere, dubium non habet vllum & ex eo euidenter probatur, quod iudicialis probatio ſemper præſupponat iudicium; ſiquidem, vt modo dictum eſt, duntaxat in iudicio fieri ſolet, ex quo & nomen habet: Atqui iudicium non intelligitur eſſe, niſi lis fuerit conteſtata *tot. tit. vt lite non conteſtat.* cum litis conteſtatio principium atque exordium ſit iudicii *l. 1. C. de litis conteſtat.*

Hinc de exceptionibus quoque quãdo proponi ac probari debeant non iniuria quæritur? Et quidem exceptiones duplicis ſunt generis, aliæ dilatoriæ ſunt, aliæ vero peremptoriæ: De dilatoriis prius videamus. Hæ vero rurſus duplicis ſunt generis: Nam quædã exceptiones dilatoriæ ipſum iudicium atque proceſſum differunt, quædam vero iudicium quidem ipſum non differunt, ſed intẽtionem duntaxat & petitionem differũt: Illæ iudicii dilatoriæ: hæ vero intentionis reique petitæ dilatoriæ appellitantur. Et quidem illarum exceptionũ, quæ iudicium atque proceſſum ipſum differũt, hic eſt effectus, vt iudicii cõſtitutionẽ, quæ per litis fit conteſtationẽ, impediant; adeoq; nõ niſi ante litis conteſtationẽ iudiciiq; ingreſſum opponi poſſint: Quod enim iudiciũ & proceſſum differt atq; impedit, illud quoq; litis cõteſtationẽ differre & impedire neceſſum eſt. Hinc etiam iudicio accepto, & lite cõteſtata, exceptionibus hiſce dilatoriis iudicii renũciatũ intelligitur; vt nec deinde in appellatione admittãtur *l. 13. C. de procurat. c. cũ cauſam. 62. de appellat.* Zãger. *de except. part. 2. c. vlt. n 4. & 5.* Quod vſque adeo verum eſt, vt ſi poſt obiectas tales exceptiones iudex litem conteſtari iuſſerit eo ipſo videatur exceptiones

Quæſt. 21 *Quando dilatoria exceptiones opponendæ ac probandæ ſint?*

iſtas

Digitized by Google

ſtas reiicere & excludere. Anton. Faber. *tit. de excep. definit. 1. n. 6. Cod. Fabrian.* Quin & tunc exceptio iudicii, ſiue proceſſus dilatoria intelligitur à iudice reiecta, quando iudex ad vlteriora proceſſit, nec adiecit clauſulam, *ſaluo exceptionum iure.*

Cæterum de exceptionibus dilatoriis ſolutionis, ſiue intentionis ipſiusq; cauſæ & rei petitæ aliud dicendum eſt: Hæ quippe etiam poſt litem conteſtatam opponi queunt; id quod ſane haut obſcure probat *l. 19. C. de probat.* in qua Diocl. & Maxim. hæc in verba ſcribit: *Exceptionem dilatoriam opponi quidem initio, probari verò poſtquam actor monſtrauerit, quod aſſeuerat.* Ecce hic de exceptione dilatoria hoc diſerte exigitur, vt opponatur quidem ab initio, probari autem debeat poſt litem conteſtatam atq; poſtquam actor probauerit, quod aſſeuerat. Vult ergo lex exceptionem dilatoriam non opponi ac probari ante litem conteſtatam, ſed opponi in lite conteſtanda & litis conteſtatione in iudicium deduci, probationem vero in iudicium ipſum, poſtquam actor de ſua intentione probauerit, differri.

Equidem me non latet, Hugonem Donellum in ſuo commentario ad *l. 9. C. de except.* emendare verba textus *d. l. 19.* ac pro *exceptionem dilatoriam*, ſubſtituere *exceptionem peremptoriam*, quaſi iſta Dioclet. & Maxim. conſtitutio non de *dilatoria* ſed de *peremptoria* intelligi debeat. Verum diuinatoria eſt hæc emendatio & nimis violenta, cum exemplaria vniuerſa, tã impreſſa, quam MScripta conſtanter legant *exceptionem dilatoriam.*

Et ſane cum exceptio dilatoria intentionis non ſpectet ad differendum iudicium atque proceſſum, ſed ad differendam duntaxat intentionem & petitionem actoris, ratio profecto nulla ſubeſſe videtur, quæ prohibeat eam in ipſa lite conteſtanda opponi poſtea vero in iudicio probari.

Equidem Hugo Donellus in contraria eſt opinione, ſtatuens, dilatorias exceptiones ad vnum omnes, ſiue ſint dilatoriæ iudicii & proceſſus, ſiue dilatoriæ ſint intentionis & petitionis, initio & ante litis conteſtationem opponendas ac decidendas eſſe. Hanc autem opinionem ſuam ſequentibus fundamentis ſtabilire conatur.

1. Exceptio, inquit, dilatoria dicitur, quæ iudicium differt *in §. appellatur. I. de except.* Quod ſi autem differt, non poteſt in eo iudicio probari tunc, cum actor intentionem ſuam probauerit: Non enim differtur iudicium quod ſuſceptum & conſtitutum eſt.

2. Præterea ſi in ſtipulatione ab initio dies adiectus ſit, vt ſi promiſſus ſit fundus poſt tres annos, ſiquidem creditor fundum ante petat, debitor dicat diem ſtipulationi adiectum eſſe, actor autem probet non eſſe adiectum, prolato inſtrumento ſtipulationis; apparet eodem tempore hanc exceptionem opponi & de ea diſceptari. Quod ſi ab initio quid pure promiſſum, deinde creditor pactus ſit ne ante diem certum peteret, ſi hanc exceptionem opponit reus confeſſus ante de intentione actoris, conſtat eum ſtatim exceptionem probare debere *l. ſiquidem C. de excep.*

Quamobrem cum nulla ſit exceptio dilatoria, quæ probari debeat tunc, cum actor intentionem ſuam probauerit: omnimodo falſum eſt, exceptionem dilatoriam iſtam ſententiam admittere.

3. Repugnat inſuper contrariæ opinioni aperte definitio exceptionis dilatoriæ: Dilatoria quippe definitur quæ iudicium differt *d. §. appellantur I. de except.*

Non differt autem iudicium, ſi lis cum actore conteſtatur, & poſt eam conteſtationẽ actor intentionem ſuam probare cogitur.

Kkk Non

Non eſt ergo dilatoria exceptio, qua oppoſita, actor intentionem ſuam iſto modo probare cogitur.

Veruntamen, vt vt hæc opinio Donelli prima fronte ſpecioſa videatur, à veritate tamen non parum abhorrere videtur; Quin etiam rationibus nititur non adeo, vt apparent, ponderoſis ac prægnantibus.

Quod enim primo dicit dilatoriam exceptionem eam dici, quæ iudicium differat, ſciendum eſt hanc non omnium in genere dilatoriarum exceptionem eſſe notationem, ſed illarum duntaxat, de quibus primo loco diſſeruimus. Etenim exceptiones dilatoriæ à differendo appellari, autor eſt Iuſtinianus Imperator *in d. §. Temporales I. de except.* Illarum autem quædam proceſſum atq; iudicium omnino differunt; quædam vero differunt non iudicium, ſed actionem duntaxat eiuſdemque effectum & executioné excludunt, atq; hæc poſteriores litis conteſtationem non impediunt, ſed litem conteſtari actionemque inſtitui permittunt, inſtitutam vero exceptioné demű remouent, excludunt & quoad quid perimunt, ac proinde idem in illis probandi ordo, qui in peremptoriis exceptionibus merito obſeruatur.

Secundum Donelli argumentum manifeſte petit principium; Et quod exceptio dilatoria intentionis, ſit conteſtanda & tum demum, quando actor intentionem ſuam probauit, à reo probanda, non ſolum euincitur *d. l. 19. C. de probat.* ſed etiam *l. 9. C. de except.* quo quidem in loco ita reſcriptum eſt: *Siquidem intentionem actoris probatione deficere confidis, nulla tibi defenſio neceſſaria eſt. Si vero de hac confidendo, exceptione te munitum aſſeuerat, de hac tantum agi conuenit: Nam ſi etiam de intentione dubitas habita exceptionis conteſtatione, tunc demum cum intentionem ſuam ſecundum aſſeuerationem ſuam petitor probauerit, huic eſſe locum monſtrari conuenit.*

*Ad tertium* reſponſio patet ex prædictis: Nec enim iſthæc dilatoriarum exceptionum definitio vſpiam in iure legitur; ſed dilatoriæ potius exceptiones *in d. §. Temporales.* illæ definiuntur, quæ temporis dilationem tribuunt, atque ad tempus actionem differunt ſiue excludunt. Nec ſi actio differtur per dilatoriam exceptionem, ſtatim quoque differtur iudicium, exemplo ſint exceptiones peremptoriæ, quæ etſi actionem omnino perimant atque in perpetuum excludant, non tamen iudicium differunt litisque ingreſſum impediunt.

Poſtremo ſententiæ Donelli parum patrocinantur *l. penult. & vltim. C. de except.*

Loquitur enim iſtæ leges de dilatoriis exceptionibus proceſſum ipſum differentibus, quales ipſimet fatemur non niſi ante litem conteſtatam opponi & probari poſſe.

Et tantum de exceptionibus dilatoriis; ſequitur vt de peremptoriis dicamus, quando opponendæ ſint atque probandæ.

Sunt autem peremptoriarum quoq; exceptionum duæ ſpecies: Aliæ enim priuilegiatæ ſunt & litis ingreſſum impediunt & tales, ex quarum obiectu apparet aut actionem non competere, aut eam, quæ prius competebat eſſe ſublatam ſolutione, tranſactione, præſcriptione & ſimilibus modis; & hæ quia litis conteſtationem impediunt, non poſſunt niſi ante litis conteſtationem opponi vel probari. Aliæ exceptiones peremptoriæ, quamuis actionem perimant, litis tamen conteſtationem non impediunt; ſunt quippe eius generis vt actionem naſci eamque intentari & inſtitui patiantur.

*Quæſt. 12. Quando obiiciendæ ac probandæ ſint exceptiones peremptoriæ.*

Cæterum hoc ipſum, anne peremptoriæ exceptiones, quæ ingreſſum litis non impediunt ante litis conteſtatio-nem,

nem, an vero poſtea opponi & probari debeant? valde controuerſum eſt.

Nam communis eſt opinio quod peremptoriæ exceptiones non initio ſint cōteſtandæ, ſed in lite conteſtanda omiſſæ, quandocunque ante ſententiā opponi poſſint. Pro qua ſententia facit primo, quod in *l. 19. C. de probat.* reſcribitur: *Exceptionem dilatoriam opponi quidem initio, probari vero poſtquam actor monſtrauerit, quod aſſeuerat, oportere.* Etenim cum hic dicitur, exceptionem dilatoriam initio opponi debere, proculdubio dictum hoc eſt ad excludendas exceptiones non dilatorias; Hæ autem ſunt exceptiones peremptoriæ. *§. appellantur & ſeqq. I. de except.*

2. Accedit his reſcriptum *l. 2. C. ſentent. reſcind. non poſſe.* quo hæc in verba reſcribitur: *Peremptorias exceptiones omiſſas in initio antequam ſententia feratur, opponi poſſe, manifeſti iuris eſt.*

Veruntamen ab hac ſententia diſcedit Donellus ad *l. 19. C. de probat. & l. 9. C. de except.* ſtatuens, peremptorias exceptiones in ſtricti iuris iudiciis etiā initio opponēdas & cōteſtandas eſſe: probat autē hanc aſſertionē ſequētibus fundamētis.

1. In *l. ſiquidem 9. C. de except.* dicitur, exceptionē peremptoriam probari oportere, *habita exceptionis cōteſtatione*; Hi duo ablatiui abſoluti vim conditionis habēt, Ita vt perinde ſit ac ſi dictum eſſet, ſi exceptionis conteſtatio habita ſit *l. à teſtatore ff. de condit. & demonſtrat.* Hac autem conditione, ſi exceptionis conteſtatio habita ſit, ſignificatur, ſi habita conteſtatio non ſit, non eſſe locum reo ad opponendam & probandam poſtea exceptionem *arg. l. 1. ff. de offic. eius cui mandat. eſt iuriſdict.*

2. In *l. præſcriptionē 8. C. de except.* dicitur, præſcriptionem peremptoriā ante conteſtari ſufficere. Et in *l. emptor. C. de præſcript. long. temp.* dicitur, *ſufficere, exceptionis conteſtationem haberi.* Quoties autem dicitur ſufficere aliquid fieri hoc exprimitur, id ſaltem fieri neceſſe eſſe *l. 1. §. vlt. ff. de pecun. conſtit. l. ſufficit. ff. de condict. indeb. l. ſi de poſſeſſ. in fin. C. de probat.*

3. Denique probari videtur hæc eadem ſententia regula illa veterum qua traditur, exceptiones ineſſe bonæ fidei iudiciis *l. 3. Digeſt. de reſcind. vendit. leg. huiuſmodi §. qui ſeruum. Digeſt. de legat. 1.* qua ſententia ſignificatur, exceptionem, reo competentem, ſi omnino non allegetur in bonæ fidei iudicio, eam æſtimandam eſſe à iudice: quia iudex diuinare non poteſt, an reo competat: Non poteſt etiam diuinare, an, ſi competit, ille vti ea velit, itaque à reo allegāda eſt, quanquam ante ſententiam, & ſi negetur, probāda eſt; ſed hoc ſignificatur, etiamſi reus eam conteſtatus initio non ſit & per litis conteſtationē in iudicium deduxerit, tamen eā pro conteſtata & in iudicium deducta haberi oportere, quaſi inſit & contineatur iudicio: Idque effici, ait Donellus, natura iudicii bonæ fidei, cuius poteſtas hæc ſit, vt iubeatur iudex iudicare ex bona fide, id eſt ex æquo & bono *§. In bonæ fidei. I. de act.* Non eſt autem æquum & bonum condemnari reū, qui aliquā iuſtam excuſationē alleget, etiamſi nominatim in iudicium verbis initio non deduxerit. Ergo ſuperiore regula hoc exprimi videtur, exceptiones non eſſe neceſſe initio conteſtari in bonæ fidei iudiciis: Fruſtra autem additum eſſet *in bonæ fidei iudiciis,* niſi alia iudicia excluderentur; nempe ſtricti iuris.

Ex hiſce fundamentis concludit Donellus, exceptiones peremptorias in ſtricti iuris iudiciis initio eſſe opponendas & probandas. Sed non eſt vt quenquam hæcce fundamenta à ſētētia, priori loco propoſita, dimoueat, exigui quippe ponderis ſunt ac firmitatis.

Nam quod attinet ad primū argumētū, ex *l. 9. C. de except.* deductum concedo,

 vtique

vtique Donello ſententiam eius legis hanc eſſe, quod ſi habita non ſit litis cõteſtatio non eſſe locum reo ad opponẽdam & probandam exceptionẽ perẽptoriam, adeoq; vt exceptio perẽptoria opponi & probari à reo queat, deſiderari, litis conteſtationẽ præceſſiſſe, ſed exinde non ſequitur, ꝙ peremptoria exceptio præciſe in ipſa litis cõteſtatione ſit opponenda, nec opponi poſſit poſt litẽ cõteſtatã: Quin potius verba iſtius *legis 9.* contrariũ euincũt: Quid enim obſecro aliud eſt, perẽptoriam exceptionẽ probari oportere, habita litis conteſtatione, quã peremptoriam exceptionẽ probandam & opponendam eſſe poſtquã habita eſt litis cõteſtatio; Et hanc etiam eſſe veram ſententiam *d.l.9.* comprobat non ſolum *l.19.C.de probat.* ſed etiam *l.2.C.ſent. reſc. ind.non poſſ.*

*Ad ſecundum* quoq; non admodum difficilis eſt reſponſio. Nam verba iſta; *quam ante conteſtari ſufficit*, quæ habentur in adducta *l.8.C.de except.* ita ſecundum prædictas leges accipi debent, quam ante ſententiam cõteſtari ſufficit ita vt particula *ante* nõ referatur ad litis cõteſtationem, ſed ad ſententiam & hic ſit legis illius ſenſus; ſufficere exceptionẽ peremptoriam ante ſentẽtiam obiici; id ꝙ etiam volũt verba ſubſequẽtia, quibus dicitur, omiſſam exceptionẽ perẽptoriam priuſquam ſentẽtia feratur, quocunque tempore obiici poſſe; quibus ex verbis perſpicue admodũ relucet, quod præciſe per litis conteſtationẽ exceptio non ſit in iudicium introducenda, ſed poſtea etiam poſſit obiici, modo id fiat ante litis conteſtationem.

*Ad Tertium* Donelli argumẽtum reſpõdetur, inter iudicia bonæ fidei & ſtricti iuris hanc intercedere differẽtiam, quod in bonæ fidei iudiciis plane opus non ſit exceptionẽ opponi, ſed eam quandocũque tempore, non modo ante, ſed poſt etiam ſententiam allegari queat *arg. §. in bonæ fidei. I. de act.* Relinquitur proinde veriſſimum, quod & vſu receptum eſt, exceptiones peremptorias priuilegiatas, quia litis conſtitutionem quæ fit per litis conteſtationẽ, impedit, neceſſario ante litem conteſtatam opponendas & probandas: Reliquas vero peremptorias, vtpote actionem iam natam & per litis conteſtationem in iudicium deductam, perimentes poſt litis duntaxat conteſtationem obiici & probari debere.

Omnis porro probatio fieri debet intra dilationum terminos à iure conceſſos, quib' elapſis, nullis probationibus vlterius locus relinquitur *l. 1. C. de dilat.* Et quidẽ dilationẽ hanc iudex etiã inuitus dare cogitur ſi ab ipſo poſtulata atq; petita fuerit *d. l.1.in verb. dare eă neceſſit. cogatur.* & verb. *dari cõuenit.* Sed nunquid iudex etiam ſponte ſua parte nõ petẽte, dilationem concedere queat, non videtur eſſe expeditum? Quod enim hoc facere non poſſit omnino dicendum videtur 1. Quia in *l.1.C.de dilat.* expreſſe dicitur, ſpacium inſtructionis exhibendæ *poſtulatum* dari oportere: Vnde ſequitur, non poſtulatum dari nõ oportere arg. *l.1. ff. de offic. eius cui mand. eſt iuriſd.* Et ſi etiam ſponte ſua, parte nõ petẽte, iudex cogeretur dilationem concedere; ad quid obſecro adderetur hoc loco *poſtulatum ſpacium* eſſe concedendum? 2. Quia in *l. 4. §.8.ff.de damn.infect.* ſcribit Vlpianus: iudicium illud quod datur in eum, qui edicto de damno infecto non ſatiſfecerit, certam cõditionem in ſe habere, *ſi poſtulatum ſit*, cæterum eum qui non poſtulauerit, experiri non poſſe. 3. Quia dilationes omnes odioſæ ſunt, eo quod ad iudicium protrahendum & protelandũ ſpectare videntur, ac proinde non debeat in illis indulgendis iudex eſſe facilis, nec eas vltro & ſponte; à parte etiam nõ petitas, concedere. Cæterum hiſce non obſtantibus, verum videtur quod, parte etiam non petente, iudex ex officio poſſit

*Lit.D.*

Quæſt.13. *An iudex poſſit concedere dilationem, parte etiam non petente?*



Digitized by Google

ſit concedere dilationē;Hoc autē duob⁹ hiſce caſibus. 1. Quando dilatio indulgetur ex iuſta cauſa atque eo conſilio vt metu impēdentis periculi litigantes ſeſe expediant atque iudicii actus maturēt. Gilckenius ad *d.l.1.C.de dilat.n.3.* vbi plures allegat. 2. Quando cōceditur dilatio cauſa abbreuiandæ litis; vt ſi præterlapſo termino legali, actor inuenire poſſet teſtes vel inſtrumenta, quib⁹ ſuam intentionem dilucide probare valeret, iudex hoc caſu actore dilationem etiam non poſtulante, quo citius lis finiatur & controuerſia terminetur, dilationē hanc actori cōcedere debet, intra q̄ teſtes iſtos, vel inſtrumēta actor producat. Ratio huius conſiſtit in vtilitate publica, quæ eo poſita eſt, vt lites quā fieri poteſt citiſſime, finiantur & ad exitum iudicia perducantur.

Quæſt. 24 *An intra ſex ſeptimanas & tres dies iure Saxon. tota probatio perfici debeat?*

De iure Saxonico tradit hoc loco noſter Author, eum, cui probatio incumbit, intra ſex ſeptimanas & tres dies, qui terminus regulariter ſit peremptorius, non tantum articulos probatorios exhibere, ſed & commiſſarios ad teſtes audiendos, petere debere Landtrecht *lib.1. artic.63.*

Verū quod non ſufficiat, ſi is, qui probare intentionem ſuam per ſententiam iuſſus eſſet, articulos intra terminum iſtum probatorium, qui iure Saxonico, vt dictum, eſt ſex ſeptimanarū & trium dierum, & Sächſiſche friſt vulgo appellatur, offerret, ſed neceſſe ſit, vt intra illud ipſum temporis ſpacium & teſtes iurarent & examinarentur, & reliqua fierēt, quæ ad perficiendam probationem pertinerent, videtur euincere textus qui extat in *artic.62.lib.1.* Landtrecht vbi dicitur, Bezeugnus ſoll man in ſechs wochen Volkommen / das ſich ein man anmaſſet: Nam verbum volkommen totius probationis perfectionem & abſolutionem requirere videtur. Id quod ipſum quoque probari videtur *artic.75.* Welch bildt *in verb.* wirdt einem man ein gezeugnus ertheilet / mit rechten Vrtheilen vor Gericht / vnd in gehegtem geding / das hat er friſt drey vierzehen Nacht. Et *in artic.86.* ſcribitur, mag ein mann ſeiner gezeugē zur handt nicht haben / er gewinnet friſt drey vierzehen tage das ſindt ſechs wochen vnd drey tage / vnde videtur, poſt illud tēporis ſpacium elapſum, nihil illorum, quæ ad probationes pertinent, admittendum eſſe. Quia vero perquam difficile id eſt & adiuuandæ ſunt probationes, nō coarctandæ vel reſtringendæ *l. quoniam 21. C.de hæret. & Manichæis. Authent.de teſtib.in princip.* Idcirco aliis viſum fuit æquius, ſi quis intra terminum articulos probatorios offerret, etſi teſtes non examinarentur & reliquis, quæ ad probationem pertinēt; quid deeſſet, id tamen illi, ſiquidem diligentiam ſuam in iis promouendis adhibuiſſet, fraudi eſſe non debere, cum in manu & poteſtate eius ea nō ſint, ſed poſt terminum quoque lapſum fieri poſſint; Quam ſententiam Electoralis quoque Saxon. conſtitutio *16.part.1.* probauit; Eandemque in Camera Imperiali receptam eſſe, teſtis eſt Mynſing. *57.obſeruat.cent.6.* vide ad *d. Electoral.conſtit.* Daniel. Mollerum.

## RESOLVTIO THESIS *Septima.*

*Lit. A.* AD probationes inprimis requiritur vt certæ ſint, liquidæ & indubitatæ *l.6. ff. de iudic. l.3. §. 4. ff. de ſuſpect. tutorib.* Tum quia incertum per æque incertum probari nequit, *Tum* quia probationes ad hoc deſiderantur, vt iudici fides fiat de intentione probantis, eique res, quæ ipſi vel incognita eſt, vel dubia atque incerta, reddatur certa & indubitata.

*Lit. B.* Quod cum in ciuilibus cauſis obtineat, multo magis locum habebit in criminalibus, in quibus deſiderantur probationes dilucidiſſimæ ad reum & accuſatum criminis conuincendum *l.25.C.*

*de probat.* vbi Imperatores hæc in verba reſcribunt, *Sciant cuncti accuſatores eam ſe rem deferre in publicam notionem debere, quæ munita ſit idoneis teſtibus vel inſtructa apertiſſimis documentis, vel indiciis ad probationem indubitatis & luce clarioribus expedita.* Idem quoque relucet *ex l.16. C. de pœnis cap. ſciant. c.2.q. 49.* Idque rationem habet admodum expeditam: In criminalibus quia agitur de vita, ſanguine, corpore atque exiſtimatione hominis, non temere quis condemnandus, ſed ſecundum Vlpianum in *l.5.ff. de pœnis*, ſatius lõge erit nocentis facinus impunitum relinqui, quam innocentem damnare. Tum etiam quo grauior cauſa eſt, de qua agitur, & quo maius eſt rei periculum, eo prouidendum magis, ne facile is condemnetur *l.1.§.5.ff. de Carbon. edict.*

Sed quid, ſi indicia & argumenta criminis perpetrati admodum ſint dilucida, clara & perſpicua, anne ex illis reus, ſiue accuſatus damnari poterit?

Quæſt. 25 *An in criminalibus ex indiciis & argumentis aliquis condemnari poſsit?*

Placet Authori noſtro ſententia negatiua, pro qua ſequentia argumenta produci ſolent ac poſſunt.

1. In *l.5 pr.ff. de pœn. Abſentem,* inquit Vlpianus, *in criminibus damnari non debere Diuus Traianus Iulio Frontoni reſcripſit, ſed nec de ſuſpicionibus debere aliquem damnari Diuus Traianus Adſiduo Seuero reſcripſit, ſatius enim eſſe impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnare.*

2. Huc facere etiam videtur *l. qui ſententiam 16. C. de pœn.* in qua cauetur, capitalem ſententiam proferendam nõ eſſe, quam in adulterii, vel homicidii crimine, vel maleficii aut ſua confeſſione, aut certe omnium qui tormentis vel interrogationibus fuerint dediti in vnum conſpirante & concordante rei finem conuictus ſit & ſic in obiecto flagitio deprehenſus vt vix etiam ipſe ea, quæ commiſerit, negare audeat.

3. In *l. præſes & l. ſi de interpretatione Digeſt. de pœn.* aſſeritur, pœnas interpretatione molliendas potius, quam exaſperandas; vnde colligitur, quod ex iudiciis & argumentis, quæ fallere perfacile poſſunt, pœnæ, præſertim capitales, corporiſque afflictiuæ irrogari debeant.

4. In *cap. Afferte. extr. de præſumptionib.* Rex Salomon, motus violenta coniectura maternæ pietatis, iuſſit matri quidem reſtitui infantem, ſed aduerſariæ ipſius, ratione impudentiæ & temeritatis nullam pœnam inflixit.

5. Huc præterea ſpectat, quod Cicerone ad Herennium *lib. 1.* teſtante, Vlyſſes apud Aiacem ſolum deprehenſus fuit cum diſtricto gladio, qui adhuc recenti cruore ipſius Aiacis eodem loci proſtrati madebat. Cum tamen conſtet illum Græcorum ſententiis abſolutum fuiſſe, quod Aiax ſibi ipſi manus intuliſſet & Vlyſſes, quamuis illi inimicus eſſet miſericordia motus, cum forte prior ſuperueniſſet, gladium ex corpore iacentis exemiſſet.

Cæterum, pro contraria ſententia hæc faciunt fundamenta 1. In *l. fin. Cod. de probat.* Ita reſcribunt Impp. Sciant cuncti accuſatores, eam ſe rem deferre in publicam notionem debere, quæ munita ſit idoneis teſtibus, vel inſtructa apertiſſimis documentis, vel indiciis ad probationem indubitatis & luce clarioribus expedita. In hac lege agi de cauſis criminalibus perſpicuum eſt, ex verbo *Accuſatores*, quod de illis qui criminalem inſtituunt accuſationem, proprie vſurpari, relucet ex *tit. Digeſt. & Cod. de accuſat.* Trium autem, quibus reus accuſatus ſit conuincendus in ea fit mentio; Teſtium, apertiſſimorum documentorum & iudiciorum indubitatorum, & hiſce eadem tribuitur vis, quo ad conuincendum reum, quæ teſtibus & inſtrumentis; proinde ſicut teſtes, & inſtrumenta non tantum ad torquendum reum; ſed ad eũ condẽnandũ ſuffici-

unt,

dunt, ita quoq; indicia iſta clara & indubitata. Et quod indiciis vis probandi tribuatur, pateſcit ex verb. *ad probandum.* Idque ipſum ex eo etiam relucet, quod indicia indubitata & luce clariora ad torturã nõ deſiderentur, ſed ad eã probabilia ſufficiant Bocer. *tract. de quaeſt. c. 3. n. 20.*

Eadem ſententia probatur etiã textu *c. pro human. de homicid. in 6. in verb.* poſtquã probabilius conſtiterit argumẽtis aliquem ſcelus tam execrabile comiſiſſe.

3. Pro eadem opinione facit *l. 2. C. quorum appellat. non recip.* in qua Imperator Conſtantius & Conſtans ita reſcribunt: *Obſeruare curabis ne quis homicidarum, veneficorum, maleficiorum, adulterorum itemque eorum qui manifeſtam violentiam commiſerunt* ARGVMENTIS *conuictus audiatur appellans.* Ex quo ſane relucet quod in cauſis criminalibus & quidem capitalibus atq; atrociorib⁹ argumentis conuictus condemnari poſſit, non minus, atq; ſi teſtibus, vel documentis foret conuictus.

4. In *l. 34. C. ad l. Iul. de adult.* clare atq; perſpicue aſſeritur, adulterũ, indiciis euidentib⁹ conuictum, adulterii eſſe dãnandum. Idemq; porro confirmatur in *Authent. Si quis ei. eod. tit. & Nouell. 117. vt liceat matri & Auiæ.* è quibus conſimiliter apparet, indiciis & argumentis in cauſis criminalib⁹ atq; capitalibus vim probationis plenæ atque perfectæ tribui, eaque ad condemnationem ſufficere.

5. In *c. literis extr. de præſumpt. & ibid. Abbas n. 3. circ. finem* Felinus *in pr.* conſtituitur, quod ſi nudus cum nuda, ſolus cum ſola in lecto deprehendantur non ſolum ſi ciuiliter, ſed etiam ſi criminaliter agatur videri probatũ adulterium, ſi fuerint perſonæ coniugio adſtrictę *arg. d. c. Literis & cap. præterea extr. de teſtibus.*

6. Quin amplius hæc opinio confirmatur per textum in *l. 22. C. ad L. Cornel. de falſis.* ibi Imperator Conſtantinus: *Vbi, inquit falſi examen inciderit tunc acerrima fiat indago argumentis, teſtibus ſcripturarum collatione aliisque veſtigiis veritatis.* Quibus verbis rurſus argumentis, ſiue indiciis attribuitur vis probationis & quidem in cauſis criminalibus; indiciaque æquiparantur teſtibus & ſcripturis: ex qua cõparatione apparet, quod queãdmodũ probatio, quæ fit per teſtes & ſcripturarum documenta, ſufficiens eſt probatio ad condemnationem, ſic etiam indicia & argumenta. Quocirca ex hiſce fundamentis firmiſſime inferendum videtur, quod in cauſis criminalibus exurgentibus indiciis aliquis ad pœnam condemnari queat.

Et ita quoque ſentiunt ac ſtatuunt Iul. Clarus *lib. 5. ſentent. § fin. q. 21. num. 40.* Sarmient. *lib. 1. ſelect. interpret. cap. 1. num. 5. in fine.* Salycet. Pacius & Baldus in *d. l. fin. Cod. de probat.* Abb. in *cap. aperte. n. 6.* Panorm. *in cap. 3. n. 8. de probat.* Menoch. *lib. 1. præſumpt. 97. n. 36.*

Mihi cum Petr. Gilcken. in *dict. l. fin.* circa propoſitam quæſtionem hoc modo ſtatuendum videtur, vt ſi talia ſint argumenta & indicia facinoris perpetrati, quæ non ex coniectura hominis, ſed ex diſpoſitione legis præſumptionem criminis inducant, ea ad condemnationem ſufficiant; atque de talibus indiciis iura modo allegata intelligi debẽt.

*Lit. C, & D.* Qu. 26. *An ſagarum in aquam immerſio faciat indicium ad torturam?*

Hinc quærendi occaſio ſumitur, anne eiuſmodi indicium reputari debeat viſitata illa ſagarum in aquam immerſio? Affirmandum hoc quibuſdam videtur eaque opinio multis etiam in iudiciis frequentatur; fundamenta eius primo proponemus, poſtea, quidnam de ea habendum & ſtatuendum ſit, oſtendemus.

Etenim ſolent quibuſdam in locis iuſſu magiſtratus per lictores eæ mulierculæ; quæ de magia ex indicio maxime ſagarũ de maleficio cõuictarum ſuſpectæ ſunt, manib⁹ pedibuſq; cõſtrictæ in aquã abiici vt inde an ſontes ſint, an vero inſontes, iudicium aliquod petatur. Colligantur autem hoc plerumque modo:

Pollex

Digitized by Google

*Pollex manus dextræ magno ſiniſtri pedis digito, & pollex manus ſiniſtræ digito magno pedis dextri trãsuerſe funib. adſtringitur; ita mulier conſtricta in flumen aut ſtagnum ſupina imponitur vt faciem ventremque habeat cœlum verſus ſpectantem & dorſo ſuo atque ſuperficiei incubet; quæ ſi non ſubmergatur, ſed anſeris aut anatis more ſupernatet, pro ſaga habetur & ex hoc indicio tormentis de maleficio ſuo interrogatur. Si vero ſub aquam in fundum feratur inſons iudicari & dimitti ſolet.*

Hæc ſententia probari primo videtur experientia, ad quam patroni eius, vel inprimis prouocant. Etenim experientia, inquiunt, comprobat, quod fœminæ de magia & veneficio ſuſpectæ aquis innatantes, poſtea de maleficio interrogatæ, ex propria confeſſione ſint deprehenſæ magæ: Experientia autem eſt omnium rerum efficax magiſtra *cap. quam ſit pr. & c. cupientes. de elect. in ſext.* Quocirca veriſimile erit indicium ſagæ, ſi mergatur in aquam, non autem ſubmergatur.

2. Accedit quod ſaga, ſimulatque ſocietatem cum diabolo contrahit, internam quoque & ſubſtantialem ſuam amittit formam nouamque aſſumit ſpeciem, cum pars eius ſubſtantialis ex ipſo conſtet dæmone: Saga quippe eſt homo, cuius pars conſtat ex diabolo, à quo obſeſſa eſt, definiente Scribonio in loco ab Authore allegato.

3. Phyſicum eſt, vt quæ leuia ſunt, feruntur ſurſum, quæ grauia, deorſum. Si enim in aquam conijciatur raræ ſubſtantiæ lignum, non ſubmergitur: plumbum vero vel ſaxum, aut quid aliud ſolidæ ſubſtantiæ in aquam ſi proijciatur, confeſtim fertur in fundum: At Saga quæuis leui conſtat corpore vt cuius omnia & ſingula membra à maligno ſpiritu, ipſo ſcilicet diabolo, cuius natura eſt aerea, & leuis, omnino occupata & impleta ſunt, vt idcirco neceſſe ſit natare ſagam in ſuperficie aquarum adinſtar veſicæ vento impletæ, quæ ſubmergi nequit. Quamprimum etiam fœmina fœdus cum dæmone facit rebaptiſatur ab ipſo, priſtinam, iuxta Scribonii doctrinam, proprietatem ſuam, ſtatum & veram hominis conditionem prorſus deponit, quippe cum eius cor & cætera totius corporis membra ita inuadat malus ſpiritus vt per totam ipſius ſubſtantiam & omnes eius partes eſſentialiter ſe diffundat.

4. Adhæc, Sagæ non agros tantum & nemora, ſed & vrbes, quin etiam regiones multas & varias, atque ita aliquot millia miliaria etiam vna nocte breuiſſimo temporis ſpacio peragrare poſſunt, prout Bodin. *lib. 2. de Magor. dæmon c. 4. in fine & c. 5.* exemplis quibuſdam oſtendit. Quod cum ita ſit, mirum non eſt, quod Sagæ aquis impoſitæ ſubmergi nequeant.

5. Poſtremo non paucis etiam in Germaniæ locis recepta eſt ea conſuetudo per impoſitionem in aquam probandi maleficas; Mos igitur iſte probandus venit; Ita quippe Iuſtus Papirius *in L. 13. §. vlt. in fine.* tolerabilia inquit eſſe ea, quæ vetus conſuetudo probauit.

Veruntamen hæ rationes tanti ponderis non ſunt, vt quenquam in hanc ſententiam ſatis abſurdam, duram & periculoſam trahere ac permouere debeant; Sed contrariæ potius ſubſcribendum eſſe ſententiæ perſpicuis admodum rationibus euinci poteſt.

1. Nam primo, vt de reo quæſtio haberi poſſit, indicia criminis in ſuo genere deſiderantur perfecta Franciſc. Caſon. *tr. de indic. cap. 5. præm. num. 2.* ſicut enim ad reum condemnandum certæ requiruntur probationes & indicia luce clariora *l. final. Cod. de probat.* ita etiam indicia ad torturam debent eſſe perfecta, cum eadem ſit ratio partis, quoad partem, quæ totius quoad totum *l. in ratione 30. §.*

rurſus

*rurſus diligenter. ff. ad L. Falcid. l. qua de tota. 76. pr. ff. de rei vindicat.* Iam verò præſens, de qua agimus, immerſio, non eſt indicium magiæ perfectum in ſuo genere. Rerum quippe experientia docuit, neminem facile ſubmergi, qui ſupinus aquæ incubat; & vix quiſquam eſt, qui non viderit aliquando iuuenes retrorſum ſeſe immiſiſſe in aquam vel decurrentem, vel ſtagnantem, atque ita in aquam prolapſos iacuiſſe ſupinos, ſuo dorſo aquæ ſuperficiei incubaſſe, etiamſi corporis agitatione & motu plane vacui fuerint, qui tamen, quoties libuerit, ſub ipſam ſe mergere aquam potuerint. Et norunt vtique omnes natandi artis periti, quod quis ſupinus multò facilius innatet, quàm ſi pronus ſe dimittat in aquam, cùm hoc modo non ſine corporis motu, ille autem abſque vlla membrorum agitatione ſupernatare poſſit, quem tamen nec carnifex quiſquam magum dixerit; ſiquidem pro ſuo arbitrio pronus iterum factus ſubmergere ſe in aquam poſſit. Proinde ſubeſt hic quędam vere phyſica cauſa, cur ſupinus natans non ſubmergatur, etiamſi neque pedes, neque brachia moueat, eaque cauſa duabus in rebus poſita eſſe videtur, quarum prima eſt, quod dorſum hominis pars latior ac æquior eſt, quaſi nauicula vel aſſer, quo ſupinus in aquam poſitus homo vehitur. Altera cauſa cum priori coniuncta eſt ipſe anhelitus, qui vehementior eſt & crebrior in eo, qui ſupinus in flumine vel ſtagno iacet.

Cùm autem crebriori & vehementiori reſpiratione alleuatur in aqua corpus hominis, fit inde quod ſubmergi nequit. Et certè multò vehementior eſt reſpiratio in eo, qui prædicto modo conſtrictus, & tantas in anguſtias poſitus eſt, maximè ſi aqua ſit frigida.

2. Huic rationi accedit & iſta, quod reus non niſi ex veriſimili indicio quæſtioni ſubijcitur. *l. milites. 8. §. oportet. Cod. de quæſtionibus.* Atqui innatatio illa fœminarum, in aquam impoſitarum, veriſimile magiæ indicium non eſt: Aut enim quædam phyſica & naturalis huius natationis eſt cauſa; aut verò eius cauſa eſt Metaphyſica & præternaturalis, & vel in Deo, vel in diabolo ponenda. Si verò naturalis aliqua cauſa eſt natationis illius, puta æquitas & latitudo dorſi, & frequentior, vberior & vehementior illa reſpiratio, vel quæ alia verè phyſica cauſa, non poteſt dici veriſimile & probabile magiæ indicium, maximè cum magia cauſæ naturalis expers, & ſoli diabolo accepta ferenda ſit. In Deo vt ponamus, ſacra Scriptura vetat, vt quæ prohibent rei cuiuſquam ſigna à Deo poſtulare. *Deut. c. 6. Matth. c. 4. & 16.* In ipſo diabolo ſi ponimus huius rei cauſam, veriſimile indicium dici nequit, quippe cũ, Deo permittente, etiam religioſiſſimum quemq; & pientiſſimum hominem diabolus ita in aquis vehere poſſit, etiamſi pronus in flumen vel ſtagnum ſit dimiſſus, vt hac ratione ei periculum creet, ſicuti teſtatur Euangelica hiſtoria *Matth.* 4. vbi ſpiritus malignus Chriſtum ipſum Dei Filium, tentare, cumque ex deſerto in ſanctam vrbem adducere, & in pinnis templi conſtituere, atque inde in præaltum quendam montem abripere auſus fuit.

3. Inſuper indicium ad torturam ſufficiens tale eſſe debet, quod iudex ſuo naturali & humano iudicio apprehendere poſſit, & ex eo mentis ſuæ ſagacitate veriſimiliter colligere, illum ipſum criminis authorem eſſe, de quo agitur *l. 1. §. Diuus Seuerus. 17.* ibi, ſi nulla probatio religionem cognoſcentis inſtruat. *ff. de quæſtionibus. l. 8. §. oportet. Cod. eod.* Id quod confirmat etiam Cuiacius *libro 10. Reſpon. ad Papin.* vbi ait, præſumptiones naturæ conuenire oportet, & quæ naturæ non congruunt, prorſus reijci debent.



Digitized by Google

Cæterùm nulla adeſt naturalis ratio, quæ probabiliter oſtendat, magum eſſe eum, qui impoſitus in aquam ſupinus non ſubmergatur. Si nullus in aquam eo modo abiectus ſubmergitur, quod reſpiratio frequentior, plenior & vehementior, vel quæ alia cauſa phyſica nullo id in homine ſinit, vt ſubmergatur. Certè quilibet intelligit, argumentum hoc magiæ probandæ nullum eſſe, niſi omnis homo magus dici debeat. Si verò quis bonus, vel malignus ſpiritus id efficit, naturalis cauſa dici nequit, proindeque cum in iudicis intellectum naturalem non cadat indicium hoc, planè reſpuendum eſt.

4. Quin etiam ius pōtificium indicium hoc, quod fit per immerſionem in aquam frigidam expreſſe improbare videtur, dum vetat, aquæ frigidæ iudicio innocentiam purgari: *c. ex tuarum. de purgat. Canon.*

Quod ſi itaque aquæ frigidæ iudicio non poteſt innocentia purgari, multò minus valebit illud iudicium ad damnandum aliquem ad tormenta. *argument. l. Arrianus. Digeſt. de obligat. & act.*

5. Denique hoc indicium reijciunt quoque Iohannes Weierus *libro 6. de præſtigys dæmon. c. 7.* Iohannes Bodinus *libr. 4. de magor. dæmon. c. 3. in fin.* dicentes, quod hac via Diabolus iudicia, quæ ſancta ſervari oportet, commutet in ſcholam magiæ.

His ita ponderatis, non eſt quod quenquam torqueant contrariæ opinionis fundamenta.

Primum enim ab experientia petitum exigui eſt momenti: Etſi enim eędem illę mulieres, quæ prædicto modo in aquam demiſſæ emerſerunt tormentis interrogatæ, magica ſe imbutos arte confeſſæ ſint, ex eo tamen iſthæc experientia cōmodè extrui non poteſt, quippe cū experientia ſit rei cuiuſdam argumentum certum & indubium, vt quæ efficax rerum magiſtra dicitur; quæſtio autem tormentoſa res fragilis eſt & periculoſa, quæ veritatem ſæpe fallit, ſiquidem aliqui tanta ſint impatientia, vt quoduis mentiri quam tormenta pati velint. *l. 1. §. 23. ff. de quæſtion.* Et veriſimile eſt, mulieres illas illas ſua ipſius opinione falſa decipi. Cum enim audiant, magas eſſe, quæ prædicto modo ligatæ, & in aquam demiſſæ non ſubmerguntur, conſternatæ omninò & quodāmodo ea ex re dementatæ in propriam perniciem falſum fateri videntur; maximè tormentorum vi & magnitudine, quam pati nequeunt, eò adactæ.

Ad ſecundum quoque argumentum expedita eſt reſponſio; Falſum enim eſt, quod pro certo aſſumitur ſagam, quam primum pactum cum diabolo inierit ſubſtantialem ſuam formam mutare, nouamque ſpeciem aſſumere, corporaliterque poſſideri à malo dæmone. Accidentia quippe aduentitia & ſeparabilia propriam & innatam corporis qualitatem non tollunt, cùm hæc, ſecundum phyſicos ſeparari non poſſit, neque ſeparabili accidenti ſit contraria, vt neceſſe eſſet vnum alteri cedere. Sic frigus & calor in aqua non tollit humiditatem; nec grauitatem corporis humani tollit pietas vel impietas hominis.

*Ad tertium* quoque difficilis non eſt reſponſio: Nam quod ſagis tribuitur leuitas corporis, exinde quod ipſarum ſingula membra malignus occuparit ſpiritus, qui propter aeream naturam leuis ſit, id ſane ridiculum & perquam ineptum eſt; Non ſolùm quia Diabolus non corpus ſagæ inuadit, ſed animum eius corrumpit & à Deo auertit: Nam quod alia ſit conditio Dæmoniacorum & alia ſagarum, experientia teſtatur: Dæmoniaci miſerè à Diabolo interius cruciantur, dementantur, furibundi efficiuntur, peregrinas, quas nunquam didicerunt,

Digitized by Google

cerunt, linguas loquuntur. At horum nihil in ſagis deprehendimus, quarum ſaltem animum impleuit Sathanas, vt Ananiæ mentem impleuit. *Actorum* 5. *verſ.*3.

Deinde etſi corpus ſagæ totum eſſet occupatum dæmonibus, id tamen non impediret, quo minus abiectum in aquã ſubmergeretur, vti arguit hiſtoria Biblica 8. *Matthæi.* vbi vniuerſus porcorum grex, in quem dæmones per Chriſtum, ex duobus hominibus eiecti, immigrarant, per præceps in proximum ruiſſe mare, in eoque ſubmerſus perijſſe dicitur.

Denique ſi hoc argumentum aliquid haberet ponderis, ſequeretur ex eo, omnem Chriſtianum & pium hominem iſthac conſtare leuitate, quippe in quo Spiritus Sanctus habitat, 1. *ad Corinth.* 3. *verſ.*16. Et cuius corpus eſt templum Spiritus Sancti. *d.c.*3.*v.*17.*& c.*6.*verſ.*19. à quo transformamur in imaginem Dei. 2. *Cor.c.*3.*v.vlt.*

*Ad quartum* argumentum hoc reſpondetur, committi eo fallaciam ſecundum non cauſam vt cauſam. Quod enim ſagæ breuiſſimo temporis ſpacio vna nocte innumera peragrant milliaria, id non ipſorum leuitati, ſed Dæmonis poteſtati tribuendum eſt, qui eos tanta velocitate ducere & exportare ſolet, vt Bodinus ait *l.*2.*de magor.dæmon.c.*4. vbi exempla commemorat varia, quod non ſagæ tantum, ſed & cum illis homines alij, magiæ prorſus ignari ad conuentus magorum breuiſſimo temporis ſpacio in milliaria multa exportati fuerint. Quin etiam ipſum Chriſtum Saluatorem noſtrum Sathanas ex deſerto primùm in templi pinnas, ac deinde in montis cacumen tranſtulit. *Matthæi* 4. Spiritus quoque Domini Philippum Apoſtolum à facie Æthiopis Eunuchi corpore & animo rapuit, & Azotum tranſuexit. *Actorum capite octauo.*

*Ad poſtremum* argumentum ab antiqua locorum quorundam conſuetudine depromptum, reſpondeo, conſuetudinem, quæ ratione probabili caret attendendam non eſſe, ſed omninò vt corruptelam reijci oportere. *c.vltim.de conſu. & canon. Mala autem conſuetudo. diſtinctione* 8.

De effluxione ſanguinis ex cadauere interfecti, quæ fit in præſentia accuſati, quidnam habendum, non ſane conuenit inter interpretes. *Lit.E. Qu. 27. An effluxio ſanguinis è cadauere interfecti faciat indicium ad torturã?*

Sunt enim qui illam pro ſufficienti indicio ad torturam habeant: Alij verò tunc demum exinde ad torturam procedi arbitrantur, ſi alia concurrunt, quantumuis leuiora indicia: Nonnulli deniq; eam pro nullo plane indicio ad torturam habent.

Horum poſtremam ſententiam hiſce fundamentis ſuffulcire conantur.

1. Ad torturam, in iure noſtro, deſiderantur, veriſimilia duntaxat & probabilia indicia. *l.milites.*8.*§.oportet.Codic.de quæſt.* qualia ſunt ea tantum, quæ naturæ conueniunt; quæ naturæ non congruunt, prorſus reijci debent. Cuiacius *libr.*10.*Reſponſ.Papin.pag.*453.*col.*1. Illa autem naturæ videntur conuenire, quæ rem, de qua agitur, arguunt & probant naturaliter, vel vt cauſa effectum ſuum, vel vt effectus ſuam cauſam, aut vt proprium adiunctum oſtendit effectum ſuum, vel ſubiectum adiunctum ſuum proprium, vt euincit *l.*3.*pr. C. de quæſt.* vbi Antonin. Imperator: Si præſtita, inquit, fuerint ex tanto ſcelere argumenta, vt videantur accedere ad veriſimilia cauſæ crimina.

Atqui hoc, de quo agimus, indicium non congruit naturæ, quippe cum mortuorum cadauera ſint exanguia, nec vlla vis inſit corpori frigido, quæ egerere ſanguinem poſſint.

2. Iudicis eſt arbitrari, ſitve indicium aliquod veriſimile, ſiue probabile,

necne. *l.1.§.1.ff.de quaſtionib.l.3.pr. & l.* 8. §. *oportet. C. de quaſt.* Cum autem ſuo intellectu iudex aſſequi nequeat, quænam cauſa ſit vera, cur homo interfectus aut ex vulneribus & ore, vel naſo ſanguinem effundat, præſente cædis illius authore, fidem huic rei tribuere tantam non debet, vt ex ea ſola ad torturam abripiat eum, qui ex ſolo indicio de cæde eſt ſuſpectus. Anton. Gomez. *3. comm. c.13. num.* 15.

3. Accedit inſuper, quod tortura eſt res præiudicij grauiſſimi, & periculo pleniſſimi. *l.1.§. quaſtioni fidem. 23. ff. de qu.* Ad eam igitur iudex procedere aliter non debet, niſi ex cauſis humano intellectui conuenientibus.

4. Inſuper ſignum hoc effluxionis ſanguinis, ſi quod eſt, vel diuinum erit, vel phyſicum & naturale, vel dæmoniacum. Diuinum id eſſe ideo temere credendum non eſt, quia perpetuum & catholicum non eſt; ſiquidem ſæpè obſeruatum fuit, quod interfectorum corpora cruentarint, ad præſentiam quoque amicorum & hominum aliorum innocentium. Compertum habetur & illud, quoſdam hoc indicio ſæpè falsò eſſe notatos, vt & illud, quod, vero homicida præſente, interfectus homo ne guttulam quidem ſanguinis egeſſerit. Cum tamen Deus, qui iuſtus eſt, & qui ſemper ſui ſimilis, nolit nocentem manere impunitum aut inſontem damnari. Accedit huc, quod Deus prohibuit ſigna quærere cœleſtia. *Matth. 16.* prohibet etiam ſcriptura indicium omne, quo Deus tentetur. *Deuter. 6. & Matthæi* 4. *Phyſicum* ſi hoc eſt indicium, cauſa eius vel in ipſo cadauere latet, vel in occiſore ipſo, vel in vtroque. In cadauere non poteſt reſidere cauſa, quia exangue eſt & frigidum, vt vim excutiendi ſanguinem habeat nullam, nec etiam ſentiat, præſens ſit homicida, vel abſens. In ipſo autem occiſore ideo veram ponere cauſam non poſſumus, quia licet Deus cordibus homicidarum furias impreſſerit, cædium vltrices, quæ illos quieſcere nunquam ſinunt, ſed vbique trepidare, & omnia metuere faciunt inter aſſiduos ac perpetuos conſcientiæ cruciatus. *Geneſ.4. Pſal. 73.v.10. Abacuc.2.* attamen motus hic animi homicidæ humores, ſpiritus & calorem excitare in alieno mortuo corpore, quod nihil ſentit, neutiquam valet. In vtroque autem; occiſo ſcilicet & occiſore coniunctim hanc quærere cauſam, difficile ideò eſt, quia homini impoſſibile eſt, motus inſerere, & ſenſus adferre cadaueri humano. Neque hoc vt omni deſtitutum ſenſu excipere aut cognoſcere poteſt, vel ſtimulos conſcientiæ occiſoris vel eiuſdem etiam truculentum & immanitate teterrimum animum. Quocirca Dæmonis potius mali, quàm Dei aut naturæ opus illud eſſe videri poteſt, cum diuino permiſſu mali ſpiritus illius præſtigijs & illuſionibus apparere poſſit ſanguinis profluuium in cadauere hominis mortui, vt teſtatur hiſtoria Biblica *Exod.7. & 8.*

5. Adde & hoc argumentum, quod nuſquam in iure noſtro iudicium hoc ſpecialiter & nominatim admittitur, cum tamen quæ notabilia ſunt, ſpecialiter notari ſoleant. *l.15.§.26.ff.de iniur.l.1. §. dixerit aliquis. ff.de publican. & vectigal. l. & ita.3. §. 1. verſic. niſi forte. ff. naut. caupon. ſtabul.*

6. Denique Diuæ recordationis Imperator Carolus Quintus, etſi in ordinatione iudicij criminalis varia criminum commiſſorum indicia recenſuerit. *artic.* 18. *& ſequentib.* & maximè indicia homicidiorum. *artic.33. & ſequentib.* nuſpiam tamen indicijs illis accenſuit ſanguinis profluuium, indicium hoc veriſimile & probabile eſſe.

Hiſce ſcilicet rationibus vulgo demonſtrare conantur, huic, de quo diſſeruim⁹, effluxionis ſanguinis indicio

nihil

nihil quicquam fidei accommodandum, nec illud pro vero & ſufficienti indicio habendum eſſe.

Videamus nunc illorum fundamenta qui contrarium ſtatuunt ac tenent quod ſanguinis iſtud profluuium verum ſit & ſufficiens ad torturam indicium.

1. Experientia edocuit quod effluxione ſanguinis è cadauere interfecti ad præſentiam occiſoris, vel eius, qui de cæde ſuſpectus erat, facta, verus fuerit vt plurimum deſignatus cædis autor. Atqui experientia eſt rerum optima magiſtra *cap. quam ſit de elect. in ſext. cap. 1. de ætate & qualitate & ordine præfic.* eique multum authoritatis idcirco merito debetur.

Maiorem propoſitionem confirmare licet teſtimoniis præſtantiſſimorum fideque digniſſimorum virorum & ICtorum. Nam Paris de Puteo *in tr. Syndic. in verb. tortura cap. 3. num. 29.* refert ita contigiſſe in quodam Ægyptiaco ibidemq; teſtatur Romæ contigiſſe tempore quo fuit occiſus Cardinalis S. Marci vt occiſus in conſpectu occiſoris ſanguinem emiſerit. Sic & *Hypolit. de Marſil. in practic. crimin. §. diligenter num.* 181. refert, quod cum gubernator fuerit Ciuitatis Albinganæ ex vulneribus cadaueris, præſente vero homicida, ſanguis promanarit. Quod autem verus homicida fuerit, ex eo conſtitiſſe ait, quod cum ex ſenis cuiusdam conſilio adhibuerit hoc experimentum ſe ei ſoli fidem non habuiſſe, ſed inſuper indicia ad torturam ſufficientia quæſiiſſe, quibus inuentis, Reum captum eſſe, qui cognitis ex data copia hiſce indiciis aliisque tortura confeſſus ſit crimen & poſtmodum damnatus. Boerius quoque *deciſ. 166 num. 1.* vt hoc indicium probabile oſtendat, in curia, ait, noſtra vidi proceſſum, per quem apparebat, puerum à matre interfectum, octo diebus poſt, matre eum aſpiciente, ſanguinem ex naribus emiſiſſe, & pariter ait, in alio proceſſu alium mortuum duobus poſt menſibus exhumatum, ſanguinem ex plagis, homicida ſuper illum tranſeunte, emiſiſſe vidi. Præterea Anton. Gomezius *Tom. 3. commentar. c. 13. n. 15.* ſuo quoque tempore in oppido de Ledesma anno 1548. idem contigiſſe teſtatur, ſubiungens, ſe quoque vidiſſe quod ex cadauere interfecti, præſente homicida, ſanguis effluxerit. Conſimiliter Iacob. de Nouello *in practic. & Theoric. cauſ. crimin. num.* 73. ſcribit, quod ipſemet dum iudex maleficiorum Torni eſſet, viderit idem in cadavere quodam. Nicol. item Florentin. *in ſer. 5. tr. 1. cap. 6.* ſcribit, quod ſuo tempore ſanguis emanarit in præſentia homicidæ, qui ob id præhenſus tortus ſit & ex confeſſione condemnatus. Aliud exemplum admodum notabile refertur à Petro Gilckenio *in comm. ad l. fin. nu. 9. Cod. de probat.* Quidam, inquit, procurator Louanienſis, cum animaduerteret ſocerum ſuum & ſocrum attentiores ad rem eſſe, neque pecuniam vllis blanditiis exprimi poſſe, tandem animum ſuum ad ſcelus nefandiſſimum adiecit: Etenim nocte intempeſta per notas ſibi latebras domum ingreſſus vtrumque iam profectioris ætatis trucidat. Cæde poſtea manifeſtata, cùm de auctore flagitii quæreretur & is, aliis adſtantibus, in triclinium, vbi cadauera expoſita erant, ingreſſus eſſet, apparentia vindictæ vt quidam rem digerunt, ſanguinem emittere cœperunt, quod cum videretur eſſe certiſſimum indicium ab illo cœpti facinoris, is tamen impudentia ſua, meo iudicio non diluit, ſed auxit ſuſpicionem, cum ad cruoris adſpectum exclamauit, adeſſe auctorem ſceleris, ſed in tanto numero circumſtantium nemini facinus imputari poſſe, diem tamen ipſum, qui ſcelera omnia aperire ſoleret hunc ad vindictam, improbitati debitam, vocaturum: Sceleratí hominis vox atque deſtinatio habuit euentum ſuum. Quamuis enim remiſſior diligentia magiſtratuũ nedum pœnã, ſed

& diſquiſitionem conuenientem diſtuliſſet; tamen cum, diſſipatis facultatibus, occiſorum ad alia ſcelera properaret, tandem Vltraiecti admiſſum ſuum rotę ſupplicio expiare coactus eſt. A quo non abhorrent eiuſdem generis indicia à Paponio *lib.24.decretor.tit.de quæſt. c.1.* referuntur, nempe ad conſpectum matris, quæ filium occiderat, ex cadauere, poſt octo dies cædis perpetratę, ſanguinem erupiſſe; idemq; accidiſſe in alio corpore hominis interfecti, quod exhumatum & ad ædes accuſati delatum ſanguinem fundere cœperit. Hiſce & conſimilibus aliis exemplis experientia, in qua ſeſe fundant huius ſententiæ patroni, ſtabiliri videtur.

2. E ſacris deinceps literis pro confirmanda ac ſtabilienda hac ſententia adducunt textum *cap.* 4. *Geneſ.v.*10. vbi Dominus, *vox*, ait, *ſanguinis fratris tui clamat ad me de terra.*

3. Adducitur inſuper textus è *Pſalmo* 78. *Vltio ſanguinis ſeruorum tuorum, qui effuſus eſt, introeat in conſpectu tuo gemitus compeditorum.*

4. Additur etiam locus ex *Matth. cap.* 23. *verſic.* 34. *& ſeqq.* vbi Chriſtus Phariſæos & Scribas alloquens, *Ecce*, inquit, *ego mitto ad vos Prophetas & ſapientes & Scribas, & ex illis occidetis & crucifigetis & ex illis flagellabitis in ſynagogis veſtris & perſequemini de ciuitate in ciuitatem, vt veniat ſuper vos omnis ſanguis iuſtus, qui effuſus eſt ſuper terram à ſanguine Abel iuſti vſque ad ſanguinem Zachariæ filii Barachiæ quem occidiſtis inter templum & altare: Amen, amen dico vobis: venient hæc omnia ſuper generationem iſtam.*

5. Adiicitur etiam dictum *Apocalypſ.* 6. *num.* 9. *&* 10. *Et cum aperuiſſet ſigillum quintum vidi ſubtus altare animas interfectorum propter verbum Dei & propter teſtimoniũ quod habebãt & clamabãt voce magna dicẽtes: Vſq; quo Domine, ſanctus & verus, non iudicas & vindicas ſanguinem noſtrum de his, qui habitant in terra? Et datæ ſunt illis ſingulæ ſtolæ albæ; & dictum eſt illis vt requieſcerent adhuc tempus modicum, donec compleantur ſerui eorum, qui interficiendi ſunt ſicut & illi.*

6. Et in propheta *Habacuc c.2.ver.*10. *&* 11. *Cogitaſti confuſionem domui tuæ concidiſti populos multos & peccauit anima tua; quia lapis de pariete clamabit & lignum quod inter iuncturas ædificiorum eſt reſpondebit: Væ qui ædificat ciuitatem in ſanguinibus & præparat vrbem in iniquitate.*

Ex hiſce & conſimilibus ſacræ ſcripturæ dictis ac teſtimoniis colligendum videtur, quod cum ſanguis interfecti ad Deum clamet, & interfectorem apud Dominum vindicem ſanguinis iuſtiſſimum accuſet, hęc effluxio ſanguinis quę fit ad præſentiam interfectoris, conſimiliter ad Deum clamet, interfectorem ſceleriſq; authorem accuſet ab eoque vindictam expetat.

7. Nec deſunt etiam rationes huius effluxionis admodum probabiles; quæ à iuris Doctoribus & philoſophis proferri ſolent: Nam quidam opinantur, occiſorem tempore homicidii ſpiritus furoris ſui ſuccenſos in interfectum impreſſiſſe, qui poſtea etiam ad præſentiam ipſius homicidæ, vnde exierunt, moueãtur in corpore interfecti, qui motus efficiat vt vulnera ſanguinem emittant. Petr. de Apono. *in comm.ſup.problem Ariſtot.part.* 7. *problem.*6. *col.*2. *verſ.deinde.*

Atqui huius rei rationem inueſtigantes, aiunt, facineroſum ac patrati ſceleris reum antipathia quadam hoc eſt diſſenſione tacitaque diſcordia ex interfecti cadauere ſanguinem elicere poſſe. Facultates enim naturales ac mentem vehementer concuti ac percelli, vnde humores non conſiſtant, ſed vltro citroque commeant, qua perturbatione efficiatur vt in continenti ſanguis, etiam inuitis, ſcaturire incipiat Claud. *in addit. ad Bertazzollum conſil.* 320. *num.*6. *lib.*2. Et quantæ alias vires ſint in aliis rebus naturalibus ſympathiæ & Antipathiæ, notum



Digitized by Google

eſt phyſicis. Magneti natura inſita eſt vis attrahendi ferrum, etiamſi nos cauſam naturalem expiſcari non valeamus: quid igitur mirum ſi & huiuſmodi vis & qualitas occulta cadaueri interfecti inſit, qua, præſente, cædis authore, ſanguis emittatur. Et hæc argumenta pro ſecunda hac opinione proferri ſolent.

Tertiam opinionem, quæ Authoris noſtri eſt quod nempe ita demum effluxio ſanguinis indicium faciat ad torturam ſi alia concurrant indicia, per ſe autem & ſola non ſit indicium ſufficiens ad torturam, veram eſſe iudico; quia enim experientia teſtatur huiuſmodi effluxionem vtplurimum ſolere verum cædis authorem demonſtrare; ex eo autem quod fit vtplurimum præſumptio deſumi ſolet *l. 9. in fin. Digeſt. de probat.* Ideo non omnem illi fidem & authoritatem derogari poſſe cenſeo: Rurſus vero quia occultæ illius antipathiæ, quæ eſt inter occiſorem & cadauer occiſi, exactæ rationes dari non poſſunt, ideo pro ſufficienti indicio iſtam effluxionem haberi non poſſe exiſtimo.

Huic ſententiæ nihil detrahunt rationes pro prima opinione adductæ. Ad primum enim argumentum reſpondeo, illo hoc duntaxat euinci quod emiſſio iſta ſanguinis ſola non ſit indicium ſufficiens ad torturam, id quod libenter nos admittimus: At non probat quod præſumptionem aliquam & huiuſmodi perpetrati flagitii indicium non pariat, ex quo cum aliis pluribus indiciis concurrente, ad torturam procedi nequeat. Deinde quod illa duntaxat indicia ſint idonea & ſufficientia ad torturam, quæ naturæ conueniunt & cauſam ſuam expreſſam in natura fundatam habent, non dicitur in allegata *l.* 8. nec vllibi ſcriptum reperitur in iure noſtro, quanquam hoc Cuiacio fortaſſis placeat. Adhæc effluxio iſta ſanguinis rationem habet in natura, ſed occultam in antipathia interfecti & interfectoris fundatam, quæ etiam ſe ad effluxionem habet vt cauſa ad ſuum effectum. Et quanquam antipathiam hanc negent nonnulli ex eo, quod corpus interfecti, vtpote frigidum & mortuum ſuccenſere & iraſci non poſſit, quodque impoſſibile ſit homini motus inſerere & ſenſus inferre cadaueri corporique inanimato; Leuior tamen iſthæc eſt ratio, quam vt antipathiam iſtam deſtruere queat, cum ſatis conſtet, antipathiam eſſe etiam inter res plane inanimes omniſque ſenſus expertes.

*Ad ſecundum* reſpondeo, iudicem, etſi cauſam illius, de qua modo dixi, antipathiæ effluxioniſque ſanguinis, exacte ſcire nequeat, experientia ſola ipſum contentum eſſe debere: Nec obſtat quod illa experientia humanæ aduerſetur rationi, contrariaque experientia ſit in promptu: Nam experientia etiam rationi humanæ contraria, ſi de ea conſtet, conſideranda & obſeruanda erit, nec ſobrii eſt hominis contra experientiam diſputare aut quicquam adſtruere: Experientia profecto de multis aliis teſtatur indies fere contingentibus, quæ tamen ordinario naturæ curſui contrariari aperte videntur. Deinde etſi emanationis ſanguinis ratio ſpecialis dari non poſſit, non tamen propterea dicenda rationi humanæ contraria; quandoquidem certum eſt, multorum, quæ in natura contingunt, rationes eſſe occultas, quantumuis naturales & à ratione humana nequaquam abhorrentes.

Quod deinceps de contraria adferebatur experientia, id exigui admodum momenti eſt: vt enim vnum atque alterum contrarium extet exemplum; ſufficit tamen quod vtplurimum effluxio verum homicidam indicet. Ex eo enim quod fit vtplurimum, etſi non ſemper fiat, præſumptio deſumitur, vt dixi ſupra ex *l. 9. ff. de probat.*

*Ad tertium* reſpondetur, torturam

quidem

quidem rem eſſe maxime periculoſam, ad quam iudex temere procedere non debeat; verum quod non niſi ex illis indiciis quorum cauſam & rationem exploratam cognitamque habet iudex, ſuſpectum torturę ſubiicere queat, falſum eſſe opinor, maxime ſi tale ſit indicium quod in experientia fundamentum habet: Obſeruandum deinceps eſt, nos non in ea eſſe opinione quod ex ſolo hoc indicio torqueri ſuſpectus queat, ſed tum iudicem ad torturam venire poſſe opinamur, ſi cum iſthoc argumento alia quoq; concurrant indicia.

*Ad Quartum* argumentum ex prædictis reſponſio facilis eſt: Nam præſens indicium phyſicum eſſe arbitror, occulta videl. ratione naturali ſubnixũ atq; in antipathia vtriusq; & occiſi & occiſoris corporib. fundatum; contraria ratione nihil refragante, ad quam paulo ſupra reſponſum fuit.

*Quintum* etiam argumentum exigui eſt momenti *Tum* quia non omnia argumenta, quæ iudicem mouere poſſunt vt reum torqueat in iure noſtro ſunt deſcripta: Tum etiam quia fortaſſis effluxio hæc illudque quod exinde argumentum deſumitur veteres latuiſſe potuit. *Tum* etiam quia, vt ſæpe hactenus dictum eſt, ſola emanatio ſanguinis non eſt ſufficiens ad torturam indicium. Minus mouet *Sextum* & vltimum Boceri argumentum; cum, ipſo Carolo Quinto Imperatore teſte, *in ordinat. crimin.* non omnia ſint enumerata indicia, quæ ad torturam ſufficiant, nec etiam enumerari potuerint: Sic enim *in artic.* 24. **Auß dieſen nachgeſetzten Articuln von argwohn vnd anzeigung der miſſethat ſagendt/ ſoll in fällen / ſo darin nicht benennet ſind / gleichnus genohmen werden / dann nicht möglich iſt / alle argwöhnige vnd verdächtliche fälle vnd vmbſtende zubeſchreiben.**

## RESOLVTIO THESIS *Octaua*.

Quinam probationum effectus ſit ac finis, nemini obſcurum eſſe poteſt: probationes ſiquidem idcirco in iudiciis exiguntur, vt iudex de veritate intentionis actoris vel rei inſtruatur, eaq; intentio proba ipſi reddatur, quo, quidnam pronunciare debeat, ei conſtare poſſit. Proinde ſi actor ſuam probauit intentionem, pro ipſo pronunciatur & reus condemnatur; Sin minus, pro eo non pronunciatur, ſed reus abſoluitur *l. 4. C. de edend. l. 9. C. de oblig. & Act. l. 2. l. 23. C. de probat. l. 9. C. de except. l. 10. in fine. C. de non num. pecun.* Cæterum non in totum, nec abſolute abſoluitur, ſed ab inſtantia duntaxat, **allein von dem Gerichtsſtandt** / ita vt actor inuentis nouis probationibus, inſtrumentis & documentis videlicet, aut idoneis teſtibus, quibus conuincere reum poſſit, integrum ei ſit ex nouis probationibus cauſam & litem redintegrare; Quod tamen ſecus ſe habet vbi non ex ſola inopia probationum, ſed etiam ex contraria probatione vel purgatione à cauſa reus abſolutus fuerit, per textum *in l. 10. §. 3. ff. de edend. l. 10. C. de accuſat. l. 1. §. vlt. de quæſt. l. 31. ff. de iureiurand.*

Pari modo ſi reus ſuam probauerit intentionem, pro ipſo pronunciari debet. Qu. 18.

Sed quid ſi actor in probationibus defecerit, anne pro calumniatore habebitur? Ita dicendum videtur, per textum *in cap. 2. extr. de calumniator.* vbi dicitur: *Denunciatorem in probatione criminum deficientem ab officio & beneficio ſuſpendendum donec innocentiam ſuam purget*: Verba Innocentii Pontificis hæc ſunt: *Cum dilectus filius Magiſter Scholarium Palaſtinus ad ſedem apoſtolicam acceſſit & de ſuo Epiſcopo exceſſus varios nunciaſſet, examinationem commiſimus exceſſuum obiectorum. Cum autem proceſſum negotii examinauerimus diligenter, nec intelligere potuerimus probatum eſſe ſufficienter* *An actor vel accuſator in probationib. deficiens, pro calumniatore haberi debeat?*

*aliquod de prædictis eundem Epiſcopum abſoluendum eſſe decernimus ab obiectis; Vobis mandantes, quatenus memoratum magiſtrum Scholarium donec canonice ſuam purgauerit innocentiam, ſcilicet quod non calumniandi animo ad huiuſmodi crimina proponenda proceſſit, ab officio & beneficio ſuſpendatis, vt cæteri ſimili pœna deterriti ad infamiam ſuorum non facile proſiliant prælatorum.* Ex hiſce verbis luculenter ſane pateſcit quod pro calumniatore habeatur actor & accuſator in probatione deficiens, vſq; dum ſuam demonſtrârit innocentiam atq; à crimine & ſuſpicione calumniæ ſeſe purgatit; Id quod triplici modo fieri poſſe docet Bartol. poſt Gloſſ. *in l. Athletas. §. Calumniator. ff. de his qui not. infam.* 1. Si accuſatus erat de delicto diffamatus *arg. l. Miles. §. Mulier. ff. de adult.* vbi fama excuſat à dolo & pœna. 2. Si audiuit à perſonis fide dignis, vel ſemiplene probauit. 3. Si ex neceſſitate ſui officii accuſauit, quia tutor fuit, vel curator, aut adminiſtrator. *l. 2. C. qui accuſari non poſſunt.*

2. Eodemq; facere videtur quod dicitur *in cap. 3. cauſ. 2. q. 3.* Qui non probauerit, quod obiicit, quam intulerit, ipſe patiatur. Et hanc ſententiam approbant Bartol. *loco ſupra cit.* Sneidewin. *ad §. quadrupli I. de act.* Eaque & mihi arridet propiusque ad veritatem accedere videtur.

Nec moveor quicquam in contrarium ratione Authoris noſtri, quod nempe Actorē à ſuſpicione calumniæ defendat iuramentū calūniæ, quo iurauit ſancte, nolle ſe calumniari; vnde præſumptio pro ipſo naſcitur, quæ onus probandi in aduerſarium reiiciat.

Ad hoc quippe facilis reſponſio eſt, præſumptionem iſtam alia & fortiori probatione elidi: Concedimus quidem ac libenter fatemur quod pro iurante de calumnia naſcatur præſumptio quod non calumnietur, ſed hæc præſumptio, quæ hominis eſt, eliditur alia præſumptione ex defectu probationum deſcendente, qua actor ſuccumbens in probatione calumniatus præſumitur *dict. cap. 2. & d. c. 3.* quæ iuris eſt præſumptio & ideo priori iſta fortior & efficacior.

Sic etiam nil quicquam refragatur quod pro accuſatore periculum inſcriptionis, quod ſubiit, faciat & præſumptionem pariat, qua præſumatur accuſando non calumniatus, cum veriſimile non ſit, aliquem ex propoſito alterum calumnioſe accuſaturum atque falſo delaturum eſſe, dum ſciat ſibi tantum imminere periculum ex ſubſcriptione, qua ad eandem obligetur ſubeundam pœnam, quam alii calumnioſa ſua accuſatione procurare ſtuduerit.

Veruntamen hæc quoq; præſumptio per contrariam præſumptionem, vtpote validiorem, de qua modo dictum eſt eliditur, locumque habet duntaxat antequam reus abſoluitur & actorem ſuccubuiſſe apparet; poſtea enim iſta iuris ſequitur præſumptio, præſumptionem anteriorem hominis elidens.

Quod porro dicitur *ſub lit. B.* regulariter actori probationem incumbere & non reo, id ſupra *ſub theſi 3.* pluribus proſecuti ſumus. Hoc autem ita verum eſſe Author noſter aſſerit, vt quamuis reus ad probationes ſeſe obſtrinxerit non tamen condemnari debeat, ſi ſuccubuerit in probationibus, propterea quia *in l. 4. C. de edendo.* generaliter dicitur, actore non probante reum abſoluendum eſſe, quamuis nihil præſtiterit. Quod tamen eo caſu, quo aperte conuenit inter actorem & reum vt ſi reus, qui onus probandi in ſe ſpōte recepit, ſuccubuerit in probatione, tum pro actore pronunciari & reus condemnari debeat. Illud certum & indubitatum eſſe videtur quod ſi & actor probauerit ſuam intentionem, & reus contrarium intentionis actoris itidem demonſtrarit; adeoq; pares ſint vtriuſque litigantis probationes, tunc pro reo pro-

nunciari debeat: Habet quippe hoc duplicem rationem. 1. Quia reus ſemper eſt fauorabilior actore *l.125. ff. de R. iur.* & ſatius eſt impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnare *l.5. pr. ff. de pœn. l.40. ff. de pœn.* indeque iudex pronior & facilior eſſe debeat ad liberandum, quam ad condemnandum *l. Arrianus ff. de obligat. & act.* 2. Quia probationes actoris per contrarias probationes rei eliduntur, infringuntur & tolluntur, vt perinde habeatur, ac ſi nihil probatum eſſet; Quanquam hoc caſu Donellus, Duarenus, & Bocerus iuramentum litis deciſorium actori deferri ex *l.31. ff. de iureiur. & l.3. C. de reb. cred. & iureiur.* putent de quo ſupra actum fuit.

## RESOLVTIO THESIS *Nona.*

Lit. A. CÆterum anne ſufficientes & idoneæ atque tales ſint probationes, è quibus vel actor condemnari, vel reus abſolui poſſit, ad iudicem pertinet æſtimare; Id quod ICtus *in l.3. §.1. & 2.* haut diſſimulauit, hoc modo ſcribens: *Quæ argumenta ad quem modum probandæ cuiq; rei ſufficiant, nullo certo modo ſatis definiri poteſt, ſicut non ſemper, ita ſæpe ſine publicis monumentis cuiusq; rei veritas deprehenditur; alias numerus teſtium, alias dignitas & auctoritas, alias veluti conſentiens fama confirmat rei, de qua quæritur, fidem: Hoc ergo ſolum tibi reſcribere poſſum ſummatim, non vtiq; ad vnam probationis ſpeciem cognitionem ſtatim allegari debere, ſed ex ſententia animi tui te æſtimare oportere, quid aut credas, aut parum probatum tibi opinaris.*

Et ratio huius ſatis perſpicua eſt; Hæc nempe, quod probatio omnis fiat iudici & propter iudicem, quo ipſe de veritate intentionis litigantium inſtructus ſit; fidesque ei de eadem fiat, atque ſimul cauſa probantis & allegantis proba iudici reddatur.

Hinc quæri & diſceptari valde ſolet, anne iudex ſi in ſua conſcientia de rei veritate factique contingentia ſatis inſtructus & informatus ſit, aliter vero teſtes deponant, vtrum ne, ſecundum probata, ſepoſita ſua conſcientia, pronunciare debeat? Nos quænam de hac quæſtione longe intricatiſſima noſtra ſit opinio, dictum eſt *volum. prior. diſputat. 12. Theſ. 14. q. 51.* quo amicum Lectorem breuitatis cauſa remitto.

## RESOLVTIO THESIS *Decima.*

PRæſumptionis nomen in iure ambiguam habet ſignificationem: Nam primo ſignificat aliquid ſine authoritate ſuperioris præſumptuoſe agere. Abbas *in c. decernimus, column. 25. de iudic. Felin. in cap. Iudei de Teſtib. Alciat. de præſumpt. part. 1. n.1.* Lit. A. Deinde præſumere aliquid pro vero habere, antequam aliud ex aliis probationibus conſtet. Alciat. *d. n.1.* Dicta videlicet eſt præſumptio à dictione PRÆ, i.e. ante & ſumptio, quaſi anteſumptio; quandoquidē ante legitimas probationes aliquid ſumit pro vero Iacob. Menoch. *lib.1. de præſump. q.7. n.2.* Hinc & Donellus *tr. de prob. c.3* ait præſumere eſſe ante ſumere & præcipere aliquid cogitatione quam ita videlic. ſeſe habeat, quam alia de eo probatio certa allata fuerit. Et præſumptionem eſſe illam ipſam opinionem cogitatione præceptam ante, quam argumentis aliis rem probaueris.

Definiunt præſumptionem nonnulli per probationē, eo quod reuera ſit probationis ſpecies; Verum præterquam quod iſthæc opinio ſupra ſub *theſ. 1.* Satis refutata fuit, refellitur etiam euidentiſſime per notationem præſumptionis modo adductum: Si enim præſumere inde ſic dicitur quod ante probationes aliquid pro vero aſſumat & habeat, palam eſt quod præſumptio, proprie & accurate loquendo non ſit probatio. Qu. 29. *Quidnam differat præſumptio à fictione & probatione?*



Digitized by Google

A fictione etiam differre præſumptionem,certū eſt: Et quidem variæ ac multiplices earum ſunt differentiæ, quarum præcipuas recenſere libet. 1. primo itaq; differunt definitione:Fictio ſiquidem eſt legis aduerſus veritatem de re poſſibili ex iuſta cauſa diſpoſitio:præſumptio autē eſt alicuius ſententiæ ante legitimas probationes pro vera aſſumptio. 2. Differūt deinceps fictio & præſumptio quod fictio eſt aduerſus veritatem, præſumptio vero non item, vt quæ in veritate ſeſe fundet. Igitur ſuper falſo fingitur,ſuper vero autem præſumitur.3.Hinc fictio iuris non admittit contrariam probationem: præſumptio autem admittit probationem contrariam, niſi ſit præſumptio iuris & de iure, vt infra dicetur. 4.Præſumptio non ſolum à iure, ſed ab homine etiam fieri poteſt; Vnde alia præſumptio dicitur iuris, ſiue legis, alia hominis: Fictio autem non niſi à lege poteſt introduci. 5. Præſumptio vna alteri aduerſari poteſt & ob id potentior minus potentiorem tollit ac perimit *l. Diuus Digeſt.de in integrum reſtit.* Fictio autem vna eſſe non poteſt contra alteram *l.3.§.è contrario.* vbi Bart. Alexand. & Iaſon *de acquir.poſſ.* Alciat. *tr.de præſumpt.in prælud.part.1. num.5.* 6. Præſumptiones etiam plures vna ſimul eſſe & concurrēre poſſunt: Fictio autem cum pluribus concurrere ac cumulari nequit Bald. *de pact.num.54.* 7. Fictio denotat impropriietatem *l.Lege Cornel.ff.de teſtam.l.Gallus.§.videndum.ff.de lib. & poſthum.* Præſumptio proprietatem ſignificat. 8. Præſumptio verſatur circa ea quæ ſunt facti, Fictio verſatur circa quæ ſunt iuris & facti ſimul. 9. Præſumptio poteſt mutari à principe in fictionem quia præſumptio verſatur circa ea, quæ vera eſſe poſſunt: fingi autem à principe poſſunt non vera, cum hoc ſit proprium fictionis.

Fictio autem in præſumptionem verti non poteſt cum nulla ratione effici poſſit vt vera ſint,quæ falſa ſunt.

Præſumptiones porro naſci ex eo, quod ſit plerumque ſiue vtplurimum, certum & indubitatum eſt: Siquidem ea duntaxat pro vero aſſumi queunt & debent,quæ frequenter contingunt.Atque pro hac ſententia eſt textus apertus *in l.9.in fine. Digeſt.de probat.* Quo in loco ita ſcribitur: Quamuis verum eſt quod, qui excipit,probare debeat,quod excipitur; Attamen de ipſo duntaxat & non de herede eius quoque conueniſſe, petitor,non qui excipit,probare debet,quia plerunque tam heredibus noſtris,quam nobiſmetipſis cauemus. Qu. 30. *Vnde ſumatur præſumptio?*

Præſumptiones variè ab Interpp.diuiduntur; Baldus enim *in rubric.Cod.de probat. num.4.* & in *l.Ea quidem.num.5. Cod. de accuſat.* diuidit præſumptionem hoc modo,vt alia ſit legis, alia hominis: Et præſumptio illa legis aliquando ſit ſimpliciter iuris,aliquando iuris & de iure;quam etiam diuiſionem plerique amplexi ſunt Interpp. eamque poſtea pluribus proſequemur. Lit. C. Qu. 31. *Quænam ſint ſpecies præſumptionis?*

*Deinde* idem Baldus *in rubric. extr. de præſumpt.* Præſumptionem diuidit in præſumptionem iuris & de iure, in præſumptionem iudicis,præſumptionem poſſeſſionis, præſumptionem ex tempore, præſumptionem hominis diſcreti, & præſumptionem ex conſuetudine.

*Tertio* Speculator *in tit. de præſumpt. §. ſpecies.* dicit præſumptionem vnam eſſe temerariam, ſecundam probabilem, tertiam violentam, quartam neceſſariam.

*Quarto* Iohann. à Platea in *l. quæcunq; columna.vltim. Codic. de Apochis publ. lib.10.* Gandin. *in tractat. maleſic. rubric. de præſumpt. & indic. indub. columm.1.* dixere præſumptionem aliam eſſe facti, aliam iuris & de iure. Et aliam temerariam

& leuem, aliam probabilem & diſcretam & aliam violentam.

*Quinto* Alexander de Ales Theologus *in ſumm. part. 3. q. 45. membr. 7. colum. penult.* præſumptionem dicit aliam eſſe temerariam, aliam violentam, aliam leuem, & aliam probabilem. Temerariam appellat eam quæ fit quando apparet coniectura boni & non mali & quando omnia ſigna ſunt boni, & nulla mali, qualis fuit illa phariſęorum *Luc. cap. 7.* qui dicebant intra ſe: *Hic ſi eſſet propheta, ſciret vtique qualis eſt mulier quæ tangit eum, quia peccatrix eſt*: Præſumptione hac temeraria impii illi iudicabant Chriſtum, cum tamen ſigna omnia in eo bona & nulla mala cognouiſſent. Præſumptionem violentam appellitat eam quando apparet coniectura mali & non boni, ſeu, cum omnia ſigna ſunt mali & nulla boni: exemplum huius extare autumat in ea quam fecit Salomon *3. Reg. cap. adſerte. de præſumpt.* cum adiudicauit filium illi mulieri, quæ lachrymis rogauerat ne mulier interficeretur, iudicans illam eſſe matrem. Et è contra mulierem illam, quæ petierat puerum diuidi & dicebat, nec mihi, nec tibi, ſed diuidatur non eſſe matrem iudicauit Salomon violenta hac præſumptione; Cum in ea omnia ſigna mali, nempe aduerſus humanam & naturalem pietatem exiſterent. Leuem præſumptionem dicit, in qua parua adeſt coniectura mali, vt quia multa ſigna boni ſunt, nulla vero aut parua mali, qualis fuit præſumptio illa quam fecit Salomon *3. Reg. 2.* dum iudicauit fratrem morte dignum ob id, quod petierat Abiſagi Sunnamitem. Etſi enim Salomon ex præcedenti facto ante ſuam in regno confirmationem, quo Adonias ſibi fecerat currum & equos, habuiſſet ſignum quod regni cupidus eſſet, attamen poſt confirmationem nihil feciſſe legitur, niſi quod petiit Abiſag, & propterea leuis fuit iſta præſumptio, qua motus Salomon fratrem morti adiudicauit. Ait Menochius & hanc leuem eſſe præſumptionem ſi vir bonæ famæ ſemel alloqueretur mulierem in loco ſuſpecto, quia hoc in meliorem partem interpretandum eſſet iuxta *c. Eſtote extr. de Reg. Iur.*

Probabilem præſumptionem dicunt illam, quæ ex multis ſignis malis ſumitur & parua & exigua ſunt ſigna boni; qualis eſt illa, quæ ſumitur à falſis prophetis: Nam à fructibus eorum cognoſcimus eos *Matth. c. 7.*

Ex hiſce omnibus præſumptionum diuiſionibus eam ſolam retinebimus qua diuiduntur in præſumptionem hominis & iuris; atque hæc rurſus in præſumptionem iuris, & præſumptionem iuris & de iure.

Equidem diuiſio hæc diſplicet Franciſc. Sarmiento ICto Hiſpano, qui *lib. 1. ſelect. interpp. cap. 1. num. 9.* eam hac ratione impugnat, quod, cum nulla ſit præſumptio quæ iure non nitatur nec fundamentum in legibus habeat, idcirco perperam præſumptio diuidatur in præſumptionem hominis & iuris, ſed potius omnis præſumptio, quæ modo vim aliquam habeat, præſumptio iuris dici debeat.

Veruntamen bene ipſi reſpondet Iacobus Menochius *lib. 1. præſumpt. quæſt. 5. num. 17.* iuris præſumptionem à Dd. eam appellari quæ ſit in lege aliqua diſerte expreſſa: Hominis vero præſumptionem, quæ etſi in lege non ſit expreſſa, à lege tamen & ratione legis non diſcrepet. Nunc propoſitam diuiſionem explicemus. Præſumptio iuris & de iure definitur ab Alciato *tr. de præſumpt. prælud. p. 2. nu. 3.* & Iacob. Menochio *lib. 1. de præſumpt. q. 3. num. 17.* quod ſit diſpoſitio legis aliquid præſumentis & ſuper præſumpto, tanquam ſibi comperto; ſtatuentis. *c. is qui fidem. de ſponſ.* Quæ pręſumptio iuris & de iure inde ſumpſit nomē. Nā præſūptio iuris,

Qu. 32. *Quænam ſit vis præſumptionis iuris & de iure?*

Digitized by Google

iuris dicitur, quia à lege introducta eſt: & de iure, quia ſuper tali præſumptione lex inducit firmum iùs, & habet eam pro veritate. Exemplum huius proponitur ſecundum Sichardum in *l. Antiqua. Cod. ad Velleian.* vbi ſi mulier, accepto aliquo, ſe obligat, vel intercedit pro aliquo, & fit de interceſſione inſtrumentum tribus teſtibus vallatum; ſi deinde vellet læſionem cauſari, non audiretur amplius, quia præſumptio iuris & de iure eſt mulierem acceſſiſſe ad interceſſionem deliberatè.

Aliud exemplum extat in *l. fin. C. arbitr. tutel.* vbi inuentarium, à tutore factum, plene probat contra tutorem; adeò vt tutor volens probare, minus eſſe in rebus pupilli, quàm ſit ſcriptum, non ſit audiendus.

Atque hæc præſumptio dicitur certiſſima, neceſſaria & violentiſſima, propterea quia probationem in contrarium non admittit; Id quod ex *l. antiqua. Codic. ad Velleian. l. fin. C. arbitr. tutel. l. fin. C. ad Macedon.* haud obſcure confirmari videtur. Et ratio etiam huius ſatis dilucida eſt: Cum enim præſumptio iſthæc fundata ſit in expreſſa legis diſpoſitione, contra hanc certè nulla valebit probatio quantumuis liquidiſſima: Sic verb. cauſ. cum aliquis hominis necandi cauſa cum telo ambulauit, præſumit lex illum homicidam eſſe, contra hanc præſumptionem nulla penitus valet probatio, qua ſe homicidam non eſſe, probare nititur; quia talis probatio rotundam, claram & perſpicuam legis diſpoſitionem euerteret.

*Qu. 33. An confeſſione præſūptio iuris & de iure eliditur?*

Cæterùm quod dicitur, iuris & de iure præſumptionem contrariam probationem non admittere, hoc ita poſt Alciatum *d. part. 2.* limitat Iacobus Menochius, vt non procedat in confeſſione partis, pro qua præſumptio huiuſmodi militat per gloſſ. *in Authent. de æqualit. dot. § aliud. & in l. In contractib. in verb. nullo modo. C. de non num. pecun.* Felin. *in cap. quoniam contra. de probat.* Verum confeſſio partis, vt & ſupra dictum fuit, non eſt proprie probatio, vt proinde ſuperiorem regulam generaliter & abſque vlla limitatione intelligendam exiſtimem.

Neque huic quicquam obſtat, quod præſumptio omnis onus probandi reijciat in aduerſarium, cui videlicet præſumptio contrariatur. Hoc quippe verum eſt de præſumptione duntaxat hominis & iuris ſimplici, non etiam de præſenti iuris & de iure præſumptione, quæ probata dicitur probatio. Præſumptio iuris dicitur, qua lex aliquid præſumit, nec tamen ſuper eo tanquam indubito & omninò certo diſponit: vt *in l. ſiue poſſidetis. 16. C. de probat.* præſumit lex eum qui poſſidet dominum eſſe; ſed ita tamen, vt illud non pro plane certo, comperto & indubitato habeat, verùm vt probationem contrarij admittat. Sic in *l. 19. ff. de probat.* lex præſumit eum, qui pacto ſibi cauit, etiam heredibus cauere voluiſſe; ita tamen vt probationem in contrarium admittat *d. l. 19.*

*Qu. 34. Quænam ſit vis præſumptionis hominis & iuris?*

Præſumptio hominis eſt, qua homo quippiam præſumit non vana quadam coniectura, ſed ratione ac legibus ductus: Vndè Menochius inter hanc & illam, quæ iuris duntaxat eſt, hoc dicit intereſſe, quod iuris præſumptio à lege ſit approbata: præſumptio hominis verò non item, quamuis à legib. & ratione iuris non abhorreat. Cùm enim præſumptiones hominis ſint multiplices ac propè infinitæ, idcirco omnes ſcriptis legibus comprehendi non potuerunt, ſed arbitrio iudicis relinqui debuerunt. Decius *in leg. 1. numero 7. Codic. de teſtamento milit.*

Sed & hæc præſumptio hactenus duntaxat vim obtinet, quatenus contrarium probatum non eſt: ſicut enim præſumptio iuris contrariam admittit probationem; ita hæc multò magis probationem

in contrarium non reſpuet: ait Weſenbecius, præſumptionem iſtam hominis eſſe quidem veriſimilem aliquam coniecturam, ſed abſque alijs adminiculis fidem ſolide non facere. *l. inſtrumenta. l. rationes. C. de probat. l. iudicia. C. de rei vindicat.* quamuis ſufficiat ad iuriſiurandi delationem vel in ſupplementum probationis, vel ad ſuſpicionis purgationem. *tot. titul. extr. de purgat. canon. l. non omnes. §. fin. ff. de re milit.* vt ita, ſecundum Weſenſecij opinionem, inter præſumptionem iuris & præſumptionem hominis hoc interſit, quod illa vim probandi habeat, donec ab aduerſario contrarium probatum fuerit: Hæc verò probationem plenam non faciat, ſed opinionem duntaxat & coniecturam inducat.

*RESOLVTIO THESIS vndecimæ.*

PRæſumptiones porrò varijs ex cauſis oriri ſolent, vel ex natura, vel facto vel iure ſiue conſuetudine vel ex qualitatibus rei, de qua agitur, aut homini inhærentibus, inhærentibus, inquam, vel natura, vel artificio aut induſtria hominis. Quin etiam ex qualitatibus extra rem, ſiue hominem exiſtentibus præſumptiones peti ac deſumi ſolent, veluti ex fortuna, ex facto, ex ætate, ex loco, ex tempore.

*RESOLVTIO THESIS duodecimæ.*

NAturalis qualitas ſemper ineſſe præſumitur Gloſſ. & Dd. *in cap. is qui fidem. de ſponſalib.* Cuiuſmodi præſumptionem ex qualitatibus naturalibus fluentem vulgo appellant præſumptionem naturæ: Talis præſumptio eſt, qua parentes præſumuntur liberos ſuos amare, & vice verſa liberi amare parentes. *leg. iſti quidem. ff. quod metus cauſa. l. ſi pupillorum. §. ſi pater. ff. de reb. eorum. l. nec ei. ff. de adopt. §. fin. l. de noxal. actionib.* Indeque præſumuntur patres plus terreri in liberis, quàm in ſemetipſis. *d. l. 8. §. fin.*

Indeque Labeo Iuriſconſultus, cum apertè damnaret Auguſtum Imperatorem, interrogatus ab eo, vnde tantam ſibi ſumeret audaciam, reſpondit, quod naturæ beneficio eſſet ſenex, nec vllos haberet liberos. Pari modo præſumptio illa, qua quiſque mentis compos præſumitur, & naturali & inſita hominis qualitate fluit, ſiquidem mentis aliquem eſſe compotem, eſt qualitas natura homini inſita, vt demonſtrat *l. 5. Codic. de Codicill. c. vltim. de ſucceſſionib. ab inteſtato.* Item eſſe in poteſtate patria: *l. 1. ff. de probation. §. 2. Inſtit. de patria poteſtat.* bonum eſſe ac probum. *l. 18. §. 1. ff. de probationib. l. 24. ff. de legat. 2. l. 20. ff. de manum. teſtam. cap. vltim. de præſcr.* puberem ad cohabitationem eſſe aptum. *cap. fraternitatis. de frigid. & malefic.* ſuis proſpicere voluiſſe. *l. 9. Digeſt. de probat.*

Hæc omnia & eiuſdem generis alia, quia quæ qualitate natura nobis inſita nituntur, non probari neceſſum eſt, ſed etſi probata non fuerint, præſumuntur cuiq; ineſſe.

Cæterum qualitates adſcititiæ eaque quæ penitus extra rem ſita ſunt, non præſumuntur, ſed ſi alicui ineſſe dicuntur, probari debent, veluti aliquem eſſe prudentem, literatum. *l. 12. de legat. 3. c. præſumitur. de regulis iuris.* item eſſe locupletem, eſſe pauperem, probari debet. *leg. 5. §. 1. ff. qui ſatisdar. cogan. §. 6. Digeſt. de excuſat. tut.*

Sed numquid homo, in dubio, præſumitur centum annorum? Affirmant communiter Interpretes, & ex illis Bartolus in *leg. ſi quis argentarius. §. Nitrum.* Felinus *in cap. ex tenore. extra, de teſtibus.* Pariſius *libro 4. conſilio 86. in fine.* Maſcardus *de probationibus. concluſio. 1073.* Boerius *deciſion. 288. numero 2.* Qu. 35. *An præſumatur homo centū annos viuere?*

Hanc

Digitized by Google

Hanc verò ſententiam comprobant 1. ex *leg. vt inter. 23. Codic. de Sacroſanct. Eccleſ. in verb. Longiſſimum vitæ hominum tempus eligimus, & non aliter eam actionem finiri concedimus, niſi centum annorum curricula acceſſerint.*

2. Idem confirmant *l. an vſuſfructus. 56. ff. de vſufruct. in verb.* Et placuit centum annos tuendos eſſe, quia is finis vitæ longæui hominis eſt.

3. In *l. 8. ff. de vſu & vſufr. legat.* Gaius ait: *Si vſusfructus municipibus legatus erit, quæritur, quouſque in eo vſufructu tuendi ſint. Nam ſi quis eos perpetuò tuetur, nulla vtilitas erit nudæ proprietatis, ſemper abſcedente vſufructu. Vnde centum annos obſeruandos eſſe conſtat, qui finis vitæ longiſſimus eſſet.*

4. Eandem ſententiam deducunt ex c. 6. vbi dicitur: *Non permanebit ſpiritus Domini in homine in æternum; quia caro eſt, eruntque dies ipſius centum viginti annorum.* quæ verba referuntur etiam in *cap. prædixerat. de pœnitentia. diſtinct. 1.*

5. Denique confirmatur hæc ſententia etiam exemplis quibuſdam: Nam & Iuſtinianus in *Nouell. de Monachis.* §. 1. refert, Zoſimum vixiſſe centum & viginti annos.

Extant præterea longæuæ vitæ illuſtria exempla apud Valerium Maximum *lib. 8. c. de ſenectute. & lib. 7. c. 48.* Marci Valerij Coruini, Metelli, Fabij Maximi, Marci Perpennæ, Appij Claudij, Terentiæ Ciceronis, Regis Maſiniſſæ, Georgiæ Leontini, Xenophili, Chalcidenſis, & aliorum.

Cæterum ab hac ſententia diſſentiunt Coraſius *libro 5. Miſcell. 18.* Didac. Couarr. *2. variarum reſolutionum 7. numer. 6.* Bartol. in *l. 2. ff. iudic. ſolui.* Alciatus *de præſumption. regul. 1. præſumption. 44.* Menoch. *lib. 6. præſumption. 49. numer. 1. & ſequentibus.* Anton. Gabrielius *libro primo Concluſion. titul. de præſumption. concluſion. 16. nu. 3.* Et hanc ſententiam commendat inprimis *leg. hæreditatum. 68. ff. de lege Falcid.* vbi hominis vita ad ſexaginta quinque annos & non vltra computatur.

2. Præſumptiones præterea deſumi ſolent ex eo, quod frequentius, & non ex eo, quod fit rarius per textum expreſſum in *l. 9. ff. de probationib.* & de eo ſupra nonnihil dictum fuit. Iam verò non frequenter fit, ſed rariſſimè, vt quis centum annos ætate exæquet aut excedat, adeò vt ſi id aliquando fieri contingat, referatur inter exempla memorabilis ſenectutis; eoque pertinet etiam, quod in *Pſalmo 90. verſ. 10.* ſcriptum eſt: *Dies annorum noſtrorum ſeptuaginta eſſe annos, &, ſi in excellentia, octuaginta.* Quocirca homo, ante centum annos natus, amplius viuere non præſumetur.

Neq; eſt quod quenquam torqueant contrariæ opinionis argumenta ſupra recenſita.

Hoc enim duntaxat probant, quod vita longæua hominis ſit centum annorum, quodque terminus vitæ humanæ, ad quem ea ſeſe porrigit cum eſt longiſſima, ſit annus centeſimus; Ex quo ſanè non niſi ineptiſſime inferetur, quod homo hunc terminum attingere præſumatur, ſed, vt oſtendi, contrarium potius exinde præſumi debet.

Hinc & Alciatus bene dicit, quod licet ſecundum naturam poſſibile ſit aliquem viuere centum annos, non eſſe tamen veriſimile, quia non omnia poſſibilia ſunt veriſimilia.

Etſi porrò adſcititiæ qualitates, quæq; plane extra rem ſunt, non præſumantur, ſed probari debeant, vt dictum eſt: Si tamen ſemel probatæ fuerint, adeſſe cenſentur, donec contrarium probatum fuerit: Mutatio ſiquidem nulla præſumitur, quoniam mutatio eſt accidens, accidentia verò non præſumuntur. Alciat. *trac. de præſumpt. regul. 2.* Hinc qui fuit malus, præſumitur etiam nunc eſſe malus. *cap. ſemel. de regulis iuris. in ſext.* quod tamen locum habet in eodem genere mali, vel ſimili.



Digitized by Google

mili.*l. ſi cui. §. 1. de accuſat. l. non omnes. §. à Barbaris. ff. de re militar.* vt qui ſemel fur eſſe, probatus eſt, præſumitur ſemper fur eſſe: At qui in furto deprehenſus vel furti conuictus eſt, non præſumitur exinde homicida, adulter vel raptor virginum, aut alterius alicuius criminis reus eſſe, Quanquam qui malus eſt, in vno habeat, contra ſe non modicam ſuſpicionem, quod ſit malus in alijs propter magnam connexitatem, quam habent vitia inter ſeſe. Ex eodem fonte, qui ſemel bonus eſt, & eſſe probatus fuit, ſemper præſumitur eſſe bonus. *c. mandata. extr. de præſumptionibus.*

Item qui olim fuit ſubditus, præſumitur etiam hodie eſſe ſubditus; ſic etiam quiſque præſumitur in eadem perſiſtere voluntate, in qua prius fuit. *l. eum qui voluntatem. ff. de probat. l. cum hic ſtatus. pr. de donat. inter virum & vxorem. c. maiores. de baptiſm.* Et in ſumma, ex eodem fundamento, de præterito præſumitur in præſens, & de præſenti in præteritum, prout ex adductis exemplis liquet, & ſupra pluribus hac de re dictum fuit.

## *RESOLVTIO THESIS vltimæ.*

MAteriæ præſumptionis non inconuenienter ſubijcitur de Ignorantia: Ex ea ſiquidem præſumptio huiuſmodi naſcitur, quæ in aduerſarium probationem contrarij transferre ſolet. *l. 5. C. qui milit. poſſ. l. 7. §. 1. ff. de accuſat.* allegatio quippe & poſitio ignorantiæ eſt negatiua: Negantis autem nulla eſt probatio. *l. 23. C. de probat. l. 10. C. de non numerata pecun.*

Quod ipſum Dd. noſtri facile admittunt in ignorantia facti: Factum ſiquidem alienum quiſque ignorare præſumitur, cùm quilibet de rebus duntaxat ſuis, & ad ſe pertinentibus ſollicitus eſſe, aliena verò ad ſe nihil pertinentia curare non debeat. De ignorantia verò iuris ſecus dicendum videtur, cum culpa ſit, leges neſcire, & quidem culpa non leuis, nec leuiſſima, ſed lata culpa & ſupina negligentia; ita quippe vulgò traditur, quod ignorantia iuris etiam ciuilis & poſitiui latæ culpæ accenſeri debeat. Nec, qui ſic ſtatuunt, argumentis admodum plauſibilibus deſtitui videntur. *da igntia?*

1. Primò in *l. Leges. C. de legibus.* vbi Impp. *Leges,* inquiunt, *vt generales, ab omnibus æquabiliter, in poſterum obſeruentur.*

2. Idem plane euincit *l. Constitutiones. Cod. de iur. & fact. ignorant. ibi Valent. Theod. & Arcad.* Impp. reſcribunt, Conſtitutiones Principum nec ignorare quēquam, nec diſſimulare permittimus. Quod ſi igitur omnes ſcire debent leges, nec eas ignorare cuiquam licet, certè ex eo ſequi videtur, quod is qui leges principumque conſtitutiones ignorat, in lata ſit culpa: Lata ſiquidem culpa eſt ignorare ea, quæ omnes ſciunt aut ſcire debent. *l. Lata. ff. de verb. ſignificat. l. quod Nerua. ff. depoſiti.*

3. Accedit his etiam *leg. 9. in fin. ff. de iur. & facti ignor.* vbi qui iura ignorant, comparantur ſtultis. Vnde iterum liquet magnam eſſe culpam eius, qui iura ignorat, nec certè minorem, quam eius qui ſponte ſua ex ſapiente ſtultus efficitur. Culpa autem magna eſt lata culpa. *l. magnam. ff. de verb. ſign.*

Veruntamen hanc communem Dd. opinionem non iniuria reprobat Author noſter, eandemque refutant Vdalricus Zaſius *lib. 1. ſingul. reſponſ. c. 2. n. 16. & ſequen.* Iohannes Coraſius 4. *Miſcell.* 17. & hæc etiam mihi arridet opinio.

1. Etenim latæ culpę eſt ignorare ea quæ omnes ſciunt. *l. lata. & l. magna. ff. de verborum ſignification.* vnde colligitur, quod

quod non ſit latæ culpæ ea ignorare quæ pauciſſimi nouerunt: Iam vero pauci norũt iura l. Repetita C. de Epiſcop. & Cleric. & mulieris ēt permiſſum eſt iura ignorare *l. Regula §. 1. ff. de iuris & fact. ignorant. l. ſcimus. §. 1. C. de iure deliber.* Et ſane irreprehenſibile non debet eſſe homini illiterato ius ignorare quod is nunquam ſectat⁹ eſt, nunquam ſtuduerit, nũquam in iure ſit verſatus *arg. procem. Digeſtor. ſed cum nos l. ſed etſi lege §. ſcire ff. de petit. heredit. l. ſed etſi pupillus §. proſcribere. verſ. pſto fieri. ff. de inſtit. l. 2. §. Seruius. ff. de origin. iur.* Et quonã pacto Clericus, Mercator, artifex, aut alij id genus homines, qui non ciuilibus ſtudiis ſe dediderunt, ſed honeſtã aliam artẽ ſecuti ſunt, legum Ciuilium peritiam nõ habentes, in lata culpa dici poterunt?

2. Accedit quod hac ratione & præſuppoſita iſta DD. ſententia, Imper. Iuſtinian. ipſe latam culpam incideret, vt qui iuris nõ ſolum fuerit imperitiſſimus; ſed etiam, ſi hiſtoricis fides habenda, plane analphabetus.

3. Adde quod latam culpam non cõtrahat, niſi qui diſſolute & inexcuſabiliter negligẽtes ſunt *d. l. lata. d. l. Magna. ff. de V. ſignificat.* Iam vero tanta eſt amplitudo iuris ciuilis & tanta mul[illegible] [illegible]ſtitutionum & legum c[illegible], vt vix poſſibile ſit omnes eas memoria comprehẽdere nec vllam illarum ignorare. Quinetiã vix illi qui omnem ſuam operam ſtudio huic deuouent dieſque noctesque iuris ſtudio incũbunt; adeoq; ſua in induſtria nil quicq̃ deſiderari patiuntur omnium legum & conſtitutionum Imperialium cognitionẽ habere queunt: Tantum abeſt vt quicquam culpa imputari poſſit illis, qui aliis ſtudiis dediti iiſdemque occupati parum aut nihil omnino temporis legali ſtudio impendere valent.

Nec moueor quicquam iis quæ fuerũt in contrarium adducta: Quod n. *ad l. leges C. de legib. & l. cõſtitutiones. C. de iur. & fact. ign.* reſpondet quippe ad eas Ioh. Coraſ. q; accipendæ ſint vel de legib. quæ diuino præcepto, aut naturali ratione confirmantur *l. venia. C. de in ius vocand.* vel ad inſtructionem morum cohibendamq; inſolentium hominum vitam pertinent, vt vniuerſi præſcripto earũ manifeſtius cognito vel vetita declinent, vel cõceſſa ſectentur *d. l. Leges.* Vdal. Zaſ. obiectas leges vel horrãdo loqui vel eos reſpicere quib. ex profeſſo vel ex officio iura cognita eſſe debent *arg. l. 2. §. Seruius. ff. de orig. iur.*

*Ad tertium* argumentum reſpondeo in *dict. l. 9. circa finem. ff. de iur. & fact. ignorant.* per ſtultos, eos deſignari, qui imperitia ſunt lapſi: poterat enim illis, de quibus iſte textus loquitur, imputari, quod in lucro verſari, ſcientes paſſi ſunt pecuniam fideicommiſſi in opus publicum impendi Zaſius *d. loco.*

Exiſtimat autẽ Coraſius quod, etſi imperitia, ſiue ignorantia iuris non contrahatur culpa lata, leuem tamen culpam ea contrahi eo quod nõ eam adhibuerit diligentiam q̃ prudentes homines adhibere ſolent, peritos videlicet iuris conſulẽdo *l. 2. §. fin. ff. quis ord. in bon. poſſ. ſeruet.* Verum Zaſ. ēt à leui culpa eos excuſari arbitratur: Quomodo enim, inquit, facilitas eſſe poteſt conſulendi Iuriſperitos, cum eorum non ſit ingens numerus qui in iuris profeſſione ſunt perfecti? Quod ſi inueniantur viri doctrina perſpicui, ſine precio, ſine mercede non conſulunt, & fieri poteſt vt conſulturo ſumptus non ſuppetat vel cauſa eius ſit generis q̃ ſumptum ferre neget, atq; ita multa incidere poſſunt, per quæ facilitas conſulendi adimitur vt in ſimili dicit ICtus in *l. naturalem. §. 1. ff. de acquir. domin.* Et hæc de ignorantia iuris ciuilis ſiue poſitiui.

Quod ad ius naturale ſiue Gentiũ attinet, illud ignorare nõ ſolũ nemini permittitur, ſed ac nec illis quidem perſonis, quæ iuris ciuilis ignorantia alias excuſantur, veluti mulieres, milites aut ruſtici, ſed etiam, ſi ignorarint hoc i⁹, debi-

tas pœnas incurrunt: Etenim ius naturale ſiue gentium nemo ignorare poteſt; cum ſit tale ius, quod naturalis ratio inter omnes homines conſtituit §. 2. *Inſtit. de iure Nat. Gent. & Ciuil.* vel quod natura omnia animalia docuit *princip. dict. tit.* quodque vti Apoſtolus loquitur, omniũ hominum cordibus eſt inſcriptum. Hinc videlicet & illud eſt, quod & paulo ante dixi, quod nec illæ perſonæ, in quibus iuris ciuilis ac poſitiui ignorantia ꝓbabilis eſt, excuſentur ignorantia iuris naturalis ſiue gentium, ita quippe de ruſtico, cui iura ciuilia ignorare permittitur, ſcriptum eſt in *l. 2. Cod. de in ius vocand.* Venia edicti non petita, patronum ſeu patronam eorumque parentes & liberos heredes inſuper, etſi extranei ſint, à libertis ſeu liberis eorum non debere in ius vocari, ius certiſſimum eſt: Nec in ea re ruſticitati venia præbeatur, cum naturali ratione honor huiusmodi perſonis debeatur. Et inſuper de fœminis textus expreſſus eſt in *l. 38. §. 1. & 2. ff. ad L. Iul. de adult.* vbi Modeſtinus: *Stuprum in ſororis filiam ſi committatur, an adulterij pœna ſufficiat marito conſiderandum eſt: Occurrit quod hic duplex admiſſum eſt, quia multum intereſt errore matrimonium contrahatur, an contumacia iuris & ſanguinis contumelia concurrunt: Quare mulier tunc demum eam pœnam, quam mares ſuſtinebit, cum inceſtum iure gẽt. prohibitum admiſerit: Nam ſi ſolus iuris noſtri obſeruatio interueniet, mulier ab inceſti crimine erit excuſata.*

Quæſt. 37. *An ignorãtia iuris in damno vitãdo obſit?*

Iuris porro ciuilis ac poſitiui ignorantia in damno vitando non obeſt, in captando lucro non prodeſt. Et quod in damno vitando non obſit, probat *l. 7. Dig. de iur. & facti ignorant.* vbi Papinianus, *Iuris*, inquit, *ignorantia non prodeſt acquirere volentibus, ſuum vero petentibus non nocet.*

2. Et in *ſeq. l. 8. Cæterum*, ait, *in omnib. iuris error in damnis amittendæ rei ſuæ non nocet.*

Verum huic grauiſſime aduerſari videtur, quod ex errore iuris rem nõ debitã, tanq̃ debitam, ſoluens repetitionem eiꝰ, quod ſoluit, nõ habeat, ſed error iuris obſtet repetitioni & condictioni, prout traditum eſt in *l. 10. C. de leg. Falcid. l. 9. C. ad L. Aquil. l. 2. C. ſi aduerſus ſolut.* Atqui de damno vitando laborat, qui rem ex errore iuris indebite ſolutam, repetere & condicere deſiderat; proinde etiam in damno vitando nocet iuris ignorantia.

Sed hoc argumentum, ſi diligentius & accuratius conſideretur, deprehendetur parum vel nihil quicquam ſententiæ noſtræ obſtare: Etenim qui condictione indebiti rem indebitam repetit, non hoc agit vt rem ſuam non amittat, neue damnum faciat, ſed vt amiſſum recuperet, nec agit de re amittenda, ſed de re amiſſa. Deinde in adductis LL. dicitur iuris ignorantiam, ſiue errorem in damno amittendæ rei ſuæ non nocere: Atqui indebitum ſolutum repetens non petit ſuum, ſed alienum: Quumprimum enim rem ſuam vt debitam ſoluit, amittit eius rei ſolutæ dominium inque accipientem transfert, *l. 53. Dig. de condict. ind.* Hinc condictio de re ſoluta datur, non vindicatio, quæ vtique daretur, ſi res indebitè ſoluta maneret ſoluentis. Nec impedit quod indebite ſolutum repetendo, id repetamus quod ante noſtrum fuit *leg. 38. paragraph. ſi actio. Digeſt. de vſur.* Hoc quippe ipſum declarat, peti ſeu repeti quod amplius noſtrum non ſit.

In delictis porro nocet ignorantia iuris, etiam quoad damnum amittendæ rei ſuæ, idque ſatis oſtendit textus in *l. liberorum. §. fin. ff. de his qui not. infam.* vbi is, qui iuris ignorantia ductus, viduam intra annum luctus ducit in vxorem exiſtimationem amittit & infamia notatur. Et ratio huius vix cuiquam incognita eſſe poteſt: Nam Reipublicæ intereſt leges,

quæ

Digitized by Google

quæ fulcrum & fundamentum ſunt Reipubl. longe firmiſſimum ſartas tectas ſuoque in flore atque vigore conſeruari & delicta quoque admiſſa puniri; quocirca qui cõtra legis prohibitionem manifeſtam facit, is iuris ignorantia ſeſe excuſare neutiquam poteſt, quia alias malis & pernitioſis hominibus delinquendi & leges impune violandi feneſtra aperiretur & occaſio præberetur exoptatiſſima leges ciuiles prætextu ignorantiæ eludendi.

Sicut porro iuris ignorantia non obeſt in damnis amittendæ rei ſuæ; ita quoque in lucro captando non obeſt, traditum hoc à Iuriſconſulto in *l. 4. l. 7. Dig. de iur. & facti ignorant.* Exceptæ tamen ſunt nonnullæ perſonæ quibus etiam in lucro captando ignorantia iuris non obeſt, nempe minor 25. annis *l. 9. princip. Digeſt. de iur. & facti ignorant.* illic Iuriſconſultus Paulus: *Regula*, inquit, *eſt iuris ignorantiam cuique nocere; facti vero ignorantiam non nocere. Videamus igitur in quibus ſpeciebus locum habere poſſit: Ante præmiſſo, quod minorib. 25. annis ius ignorare permiſſum eſt:* Et quod hactenus ignorantia iuris etiam tolerabilis ſit in minoribus viginti quinque annis, vt ne quidem in lucro captando illis obſit, probatur dilucide *ex l. 2. Cod. de iur. & fact. ignorant.* vbi Imperator Gordianus. *Cum ignorantia iuris facile excuſare non poſſit, ſi maior viginti quinque hereditati matris tuæ renunciaſti, ſera prece ſubueniri tibi deſideras.* Hiſce verbis declaratur, quod iuris ignorant a nõ excuſet eum qui hereditatem delatam adeoque lucrum obueniens recuſat, ſed hac conditione, ſi maior fuerit viginti quinque annis; vnde argumento, à contrario ſenſu ducto, ſi maior non fuerit viginti quinque annis, ignorantia iuris excuſat, ita vt hereditatem repudians audiatur ſi denuò eam adire velit. Clarius hoc ipſum exponitur in *l. 11. Cod. de iur. & fact. ignorant.* vbi Imperat. Conſtantinus: *Quamuis*, ait, *in lucro nec fœminis ius ignorantibus ſubueniri ſoleat, tamen contra ætatem adhuc imperfectam locum hoc non habere, retro, principum ſtatuta declarant.* Excipitur minor Iuriſconſultus: Hic enim nullo modo ſeſe ignorantia iuris excuſare valet; id quod etiam haut diſſimulat Iuriſconſultus Paul. in *l. 9. §. 3. ff. de iur. & fact. ignorant.* vbi aſſeritur iuris ignorantiam non prodeſſe, ſi ſua ſcientia ſit inſtructus; id quod etiam conuenit ſententiæ Iuriſconſulti Pomponij in *l. 2. §. Seruius. 43. ff. de orig. iur.* dicentis turpe eſſe patricio & nobili & cauſas peroranti, ius, in quo verſatur, ignorare. Et quanam fronte iuris ignorantiam prætendet aut allegabit qui ſe Iuriſconſultum iurisq; peritum profitetur? Hoc quippe nihil aliud foret quam propriam allegare turpitudinem.

De Milite idem plane dicendum eſt: ſiquidem Antonin. Imperator Maximo militi in hæc verba reſcribit: *Quamuis, cum cauſam tuam ageres, ignorantia iuris propter ſimplicitatem armatæ militiæ allegationes competentes omiſeris; tamen ſi nondum ſatiſfeciſti, permitto tibi ſi cœperis ex ſententia conueniri, defenſionibus tuis vti.*

Non idem de FOEMINIS ſtatuendum & Ruſticis; ita quippe [illegible] fœminis ſcriptum eſt in *l. 8. D. de iur. & fact. ignorant. Iuris error nec fœminis in compendiis prodeſt.* de Ruſticis idem aſſeri videtur in *l. 2. §. fin. Digeſt. de iure fiſci.* Quod tamen rurſus ſic limitatur vt procedat demum, quando copiam habuerunt Iurisperitorum, quos conſulere potuerunt. 2. Si ignorantia ſit eorum quæ ad formalem actus ſubſtantiam pertinẽt. 3. Si ſit iudiciarii ordinis ſolennitas quæ ignoratur: Cæteroquin & his, fœminis, inquam, & ruſticis, iura ignorare permittitur *d. l. 2. §. fin. ff. de iure fiſci. d. l. 9. pr. ff. de iur. & fact. ignorant.*



Digitized by Google

Facti ignorantiam quod attinet, eſt ea duplex; Facti alieni & facti proprii. Alieni facti ignorantia probabilis eſt indeq; etiam in vnoquoque præſumitur. *c. præſumitur. de R. I. in ſext.* Id quod euidenter admodum comprobat *l. 21. ff. de probat.* vbi, ſi quæſtio incidat vtrum teſtator qui rem alienam legauit, ſciuerit rem iſtam alienam eſſe, an vero ignorauerit; dicitur eum qui dicit ſciuiſſe teſtatorem alienam eſſe, ſcientiam illam probare oportere, hoc ideo, quia præſumitur teſtatorem ignoraſſe quod ea res alterius fuerit, quæ ignorantia onus probandi contrarium in alterum transfert. Cæterum diuerſa ratio eſt ignorantiæ iuris: Hanc enim nō præſumi certum & indubitatum videtur, eo quod omnes iura ſcire debeant *l. Leges. C. de Legib. l. Conſtitutiones. C. de iur. & fact. ignorant.* vnde infertur quod ignorātiam iuris allegans, eam probare debeat. Cęterum paulo ſupra & ſub initium theſ. huius vltimæ oſtenſum eſt quod non ab omnibus, nec indiſtincte iuris deſideretur ſcientia, ſed in quibuſdam duntaxat perſonis, ad quas adductæ leges reſtringi & coarctari debeant.

Cum autem ignorantia iuris in intellectu & conſcientia allegantis conſiſtat, non poteſt aliter quam coniecturis probari: Niſi fortaſſis & iureiurando eam ꝑbari quis dixerit; Id quod tamē Matth. Weſenbec. *in paratitl. de iuris & facti ignorant.* circa finem ex eo fundamento negat, quod probatio iureiurando allegantis non committatur, quando iuris præſumptio ſit aduerſarii: ſiquidem pro regula traditur quod illis ſacramentum deferri non debeat contra quos iuris ſtat præſumptio Iaſ. *in §. ſed iſta. n. 89. I. de act.* Alexander in *l. inter. §. Recte. de furt. & conſil. 71. volum. 1.* Fel. in. *in c. quoſdam de præſumpt.*

Verū in contraria ſententia eſt Andr. Gail. *2. obſeruat. 48.* ſtatuens iureiurando etiam probari iuris ignorantiam, propterea quod quæ in intellectu & conſcientia noſtra conſiſtunt, per ſimplicem noſtram aſſertionem cum iuramento recte probentur per text. *in c. Cum tua. §. fin. qui matrim. accuſare poſſ. text. in c. paſtoralis. in fine de except. l. non omnes. §. à Barbaris ff. de re militar.* Zaſ. *ad §. ſed iſta n. 22. I. de act.* Cū igitur ignorantia iuris in intellectu & cōſcientia conſiſtat, optime per iuramentū probatur *c. Nulli. de Electiōn. in ſext.* Et hæc ſententia veritati conſona & Weſenbecij opinioni omnino præferenda videtur. Non obſtante ſuperiori Weſenbecij argumento: Cum enim ei, contra quem præſumptio militat, onus probandi incumbat, vt ſupra ſuo loco fuit demonſtratum, iuramentum vero ſit ſpecies probationis, aut ſaltem vim & effectum probationis habeat, ratio certe iuris nō vetat iuramentum ei deferri, aduerſus quem militat præſumptio ſcientiæ iuris.

*Finis Diſputationis Quartæ.*

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

VOLV-

93,421

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

GATORIA S. BENEDE
CITERNA

Digitized by Google

Digitized by Google